

رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ

وَعَمْدَةُ الْمُفْتِينَ

لِلإِمَامِ السَّوَوِيِّ

الجزء السابع

إشراف
زُهَيْرُ السَّوَوِيِّ

المكتب الإسلامي

حقوق الطبع محفوظة للمكتب الإسلامي
لصاحبه
زهير الشاويش

الطبعة الثالثة

١٤١٢ هـ / ١٩٩١ م

المكتب الإسلامي

بَـيـرُوت : ص.ب. : ١١/٣٧٧١ - بَـيـرُوت : اِسـلـامـيـا - تـلـكـس : ٤٠٥٠١ - هـاتـف : ٤٥٠٦٣٨

دَمَشَق : ص.ب. : ١٣٠٧٩ - هـاتـف : ١١١٦٣٧

عَمَّان : ص.ب. : ١٨٢٠٦٥ - هـاتـف : ٦٥٦٦٠٥ - فـاكـس : ٧٤٨٥٧٤

كتاب النكاح

وفيه أبواب .

[الباب الأول : في خصائص رسول الله ﷺ في النكاح وغيره . قال الأئمة : هي أربعة أضرب .

أحدها : ما اختص به رسول الله ﷺ من الواجبات ، والحكمة فيه زيادة الزلفى والدرجات ، فلن يتقرب المتقربون إلى الله تعالى بمثل أداء ما افترض عليهم . قلت : قال إمام الحرمين هنا : قال بعض علمائنا : الفريضة يزيد ثوابها على ثواب النافلة بسبعين درجة ، واستأنسوا فيه بحديث . والله أعلم

فمن ذلك ، صلاة الضحى ، ومنه الأضحية ، والوتر ، والتهجد ، والسواك ، والمشاورة على الصحيح في الحصة .

والأرجح : أن الوتر غير التهجد .

قلت : جمهور الأصحاب ، على أن التهجد كان واجباً عليه ﷺ . قال القفال : وهو أن يصلي في الليل وإن قل .

وحكى الشيخ أبو حامد : أن الشافعي رحمه الله نص على أنه نسخ وجوبه

في حقه ﷺ ، كما نسخ في حق غيره ، وهذا هو الأصح أو الصحيح . وفي

« صحيح مسلم » عن عائشة رضي الله عنها ما يدل عليه (١) . والله أعلم

وكان عليه عليه السلام ، إذا رأى منكراً أن يغيره ، لأن الله تعالى وعده بالعصمة . قلت : قد يقال : هذا ليس من الخصائص ، بل كل مكلف تمكن من إزائه ، لزمه تغييره ، وبجواب عنه بأن المراد أنه لا يسقط عنه للخوف ، فإنه معصوم ، بخلاف غيره . والله أعلم

وكان عليه عليه السلام ، مصابة المدون وإن كثر عددهم . وكان عليه عليه السلام ، قضاء دين من مات من المسلمين معسراً . وقيل : كان يقضيه تكرماً . وفي وجوب قضاء دين المصروع على الإمام من مال المصالح ، وجهان . وقيل : كان يجب عليه عليه السلام إذا رأى شيئاً يحجب أن يقول : ليك إن العيش عيش الآخرة .

وأما في النكاح ، فأوجب الله سبحانه وتعالى عليه عليه السلام تخيير نسائه بين مفارقه واختياره . وحكى الحناطي وجهاً أن هذا التخيير كان مستحباً ، والصحيح الأول . ولما خيرهن ، اخترنه والدار الآخرة ، فحرّم الله تعالى عليه عليه السلام التزويج عليهن والتبدل بهن مكافأة لهن على حسن صنيعهن ، فقال تعالى : (لايجل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج) [الأحزاب: ٥٢] ثم نسخ ذلك لتكون المنّة لرسول الله عليه السلام بترك التزويج عليهن ، بقوله تعالى : (إنا أحللنا

(١) هو ما رواه مسلم في « صحيحه » عن عائشة رضي الله عنها قالت : إن الله افترض قيام الليل في أول هذه السورة (تعني « يا أيها المزمل ») فقام نبي الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه حولا حتى أنزل الله في آخر هذه السورة التخفيف ، فصار قيام الليل تطوعاً بعد فرضيته .

لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن...) الآية [الأحزاب: ٥٠] وهل حرّم عليه ﷺ طلاقهن بعدما اخترنه ؟ فيه أوجه . أصحابها : لا ، والثاني : نعم . والثالث : يحرم عقيب اختيارهن ، ولا يحرم إن انفصل . ولو فرض أن واحدة منهن اختارت الدنيا ، فهل كان يحصل الفراق بنفس الاختيار ؟ وجهان . أصحابها : لا . وهل كان جوابهن مشروطاً بالفور ؟ وجهان . أصحابها : لا . فإن قلنا بالفور ، فهل كان يمتدّ بامتداد المجلس ، أم المعتبر ما يمتدّ جواباً في العرف ؟ وجهان . وهل كان قولها : اخترت نفسي ، صريحاً في الفراق ؟ فيه وجهان .

وهل كان يحلّ له ﷺ التزويج بها بعد الفراق ؟ وجهان .

الضرب الثاني : ما اختص به من المحرمات ، وهي قسمان .

أحدهما : المحرمات في غير النكاح ، فمنها الزكاة ، وكذا الصدقة على الأظهر . وأما الأكل متكثراً ، وأكل الثوم والبصل والكراث ، فكانت مكروهة له ﷺ على الأصح . وقيل : محرّمة . وبما عُدّ من المحرمات ، الخط والشعر ، وإنما يتجبه القول بتحريمها ممن يقول : إنه ﷺ كان يحسنها . وقد اختلف فيه ، فقيل : كان يحسنها لكنه يمتنع منها ، والأصح أنه كان لا يحسنها .

قلت : ولا يمتنع تحريمها وإن لم يحسنها . والمراد تحريم التوصل إليهما .

والله أعلم

وكان يحرم عليه ﷺ ، إذا لبس لأمنته أن ينزعها حتى يلقى العدو ويقاتل ، وقيل : كان مكروهاً لا محرّماً . والصحيح الأول . وقيل : بناءً عليه أنه كان لا يبتدىء تطوعاً إلاّ لزمه إقامته .

وكان يحرم عليه ﷺ مدّ العين إلى ما منسّح به الناس ، ويحرم عليه خائنة

الادين ، وهي الايمان إلى مباح من قتل أو ضرب ، على خلاف ما يظهره ويشعر به الحال . وقال صاحب « التلخيص » : ولم يكن له أن يخدع في الحرب ، وخالفه الجمهور . وفي « الجرجانيات » ذكر وجهين ، في أنه هل كان يجوز له أن يصلي على من عليه دين ؟ وهل كان يجوز أن يصلي مع وجود الضامن ؟

قلت : الصواب الجزم بجوازه مع الضامن ، ثم نسخ التحريم ، فكان صلى الله عليه وسلم بعد ذلك يصلي على من عليه دين ولا ضامن له ، ويوفيه من عنده . والأحاديث الصحيحة مصرحة بما ذكرته (١) . والله أعلم

القسم الثاني : المحرمات المتعلقة بالنكاح . فمنها : إمساك من كرهت نكاحه على الصحيح . وقيل : إنما كان يفارقها تكرهاً . ومنها : نكاح الكناية على الأصح ، وبه قال ابن سريج والقاضي أبو حامد والاصطخري . وقال أبو إسحاق : ليس بمحرم ، ويمجرى الوجهان في التسري بالآمة الكتابية ونكاح الآمة المسلمة ، لكن الأصح في التسري بالكناية ، الحيل . وفي نكاح المسلمة ، التحريم . قالوا : ولو قدر نكاح آمة ، كان ولده منها حراً على الصحيح مع تجويزنا جريان الرق على العرب . وفي لزوم قيمة هذا الولد وجهان . قال أبو عاصم : نعم . وقال القاضي حسين : لا ، بخلاف ولد المبرور بحرية أمه ، لأنه فوت الرق بظنه ، وهنأ الرق متعذر . وأما الآمة الكتابية ، فكان نكاحها محرماً عليه على المذهب . وطرده الحناطي فيه الوجهين .

(١) روى مسلم عن أبي هريرة رضي الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يؤتى بالرجل الميت عليه الدين ، فيسأل : هل ترك لدينه من قضاء ، فإن حدث أنه ترك وفاء ، صلى عليه ، وإلا قال : « صلوا على صاحبكم » فلما فتح الله عليه الفتوح قال : « أنا أول المؤمنين من أنفسهم . فن توفي وعليه دين فبلى قضاؤه ، ومن ترك مالا فهو لورثته » .

الضرب الثالث : التخفيفات والمباحات . وما أيسح له ﷺ دون غيره قسمان . أحدهما : متعلق بغير النكاح ، فنه الوصال في الصوم ، واصطفاء ما يختاره من الغنيمة قبل القسمة من جارية وغيرها ، ويقال لذلك المختار : الصفي والصفية ، والجمع : الصفايا .

ومنه ، خمس خمس الفيء والغنيمة ، وأربعة أخماس الفيء ، ودخول مكة بغير إحرام ، قتله صاحب « التلخيص » وغيره . ومنه ، أنه لا يورث ماله . ثم حكى الامام وجهين . أحدهما : أن متركه باقٍ على ملكه ، ينفق منه على أهله كما كان ينفق في حياته . قال : وهذا هو الصحيح . والثاني : أن سبيل ما خلفه سبيل الصدقات ، وبهذا قطع أبو العباس الروياني في « الجرجانيات » . ثم حكى وجهين في أنه هل يصير وقفاً على ورثته ؟ وأنه إذا صار وقفاً ، هل هو للواقف لقوله ﷺ : « متركنا صدقة » (١) ؟ وجهان .

قلت : كل هذا ضعيف ، والصواب الجزم بأنه زال ملكه ﷺ ، وأن متركه فهو صدقة على المسلمين لا يختص به الورثة . وكيف يصح غير ما ذكرته مع قوله ﷺ : « لانورث متركناه فهو صدقة » ؟ فهذا نص على زوال الملك .

والله أعلم

وهذه الخصلة ، عدها الغزالي من هذا الضرب ، وعدها الأكثرون من الضرب الرابع . ومنه ، أنه ﷺ كان له أن يقضي بعله ، وفي غيره خلاف . وأن يحكم لنفسه ولولده على المذهب ، وأن يشهد لنفسه ولولده ، وأن يقبل شهادة من يشهد له ،

(١) رواه البخاري ١٢/٤ . ومسلم ١٣٧٩/٣ بلفظ « لانورث متركنا صدقة » ورواه الترمذي بلفظ « فمن معاشر الانبياء لانورث متركناه صدقة » وقال : هذا حديث حسن صحيح .

وأن يحمي الموات لنفسه ، وأن يأخذ الطعام والشراب من مالهما المحتاج إليهما إذا احتاج إليهما ، وعلى صاحبها البذل ، ويفدي بجهته مهجة رسول الله ﷺ ، قال الله تعالى : (النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم) [الأحزاب : ٦] .

قلت : ومثله ما ذكره الفوراني وأبرهيم الروادي وغيرهما ، أنه لو قصده ظالم ، وجب على من حضره أن يبذل نفسه دونه ﷺ . والله أعلم

وكان لا يتنقض وضوؤه ﷺ بالنوم مضطجاً ، وحكى أبو البلس فيه وجهاً غريباً ضعيفاً ، وحكى وجهين في انتقاض طهره باللمس .

قلت : المذهب الجزم بانتقاضه باللمس . والله أعلم

وحكى أيضاً صاحب « التلخيص » : أنه كان يحمل له ﷺ دخول المسجد جنباً ، ولم يسلمه القفال له ، بل قال : لا أظنه صحيحاً .

قلت : هذا الذي قاله صاحب « التلخيص » ، قد يحتج له بما رواه الترمذي عن عطية عن أبي سعيد [الخدري] رضي الله عنه قال : قال النبي ﷺ « يا علي لا يحمل لأحد يجنب في هذا المسجد غيري وغيرك » قال الترمذي : حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه . قال الترمذي : قال ضرار بن سرد ، معناه : لا يحمل لأحد يستطرقة جنباً غريباً وغيرك ، وهذا التأويل الذي قاله ضرار ، غير مقبول .

وقال إمام الحرمين : هذا الذي قاله صاحب « التلخيص » ، هوس لا يدرى من أين قاله ، وإلى أي أصل أسنده . قال : فلوجه : القطع بتخطئته ، وهذا كلام من لم يطم الحديث المذكور ، لكن قد يقدح قادح في الحديث بسبب عطية ، فإنه ضعيف عند جمهور الحديثين ، لكن قد حسنه الترمذي ، فعمله اعتضد بما اقتضى حسنه

كما تقرر لأهل هذا الفن ، فظهر ترجيح قول صاحب « التلخيص » (١) .
واعلم أن معظم هذه المباحات ، لم يفعلها ﷺ وإن كانت مباحة له .

القسم الثاني : المتعلق بالنكاح ، فمنه الزيادة على أربع نسوة . والأصح أنه لم يكن منحصراً في تسع ، وقطع بمضمم بهذا ، وينحصر طلاقه ﷺ في اثلاث ، وينعقد نكاحه - بلفظ الهبة - ﷺ على الأصح فيها . وإذا انعقد بلفظ الهبة ، لم يجب مهر بالمقد ولا بالدخول ، ويشترط لفظ النكاح من جهته ﷺ على الأصح . قال الأصحاب : وينعقد نكاحه ﷺ بمعنى الهبة ، حتى لا يجب المهر ابتداءً ولا انتهاءً ، وفي « المجرّد » للحناطى وغيره وجه غريب : أنه يجب المهر . ومنه ، أنه ﷺ لو رغب في نكاح امرأة ، فإن كانت خلية ، لزمها الاجابة على الصحيح ، ويحرم على غيره خطبتها . وإن كانت مزوجة ، وجب على زوجها طلاقها لينكحها على الصحيح . ومنه انعقاد نكاحه ﷺ بغير ولي ولا شهود ، وفي حال الاحرام

(١) حديث علي هذا ضعيف السند من أجل عطية العوفي ، وهو في « مصابيح السنة » للبغوي ، و « مشكاة المصابيح » للخطيب التبريزي ، وقد قال الحافظ ابن حجر في أجوبته عن أحاديث وقعت في « مصابيح السنة » ووصفها أبو حفص عمر بن علي بن عمر القزويني بالوضع ، وقد قام بطبعها المكتب الاسلامي وجعلها في آخر « مشكاة المصابيح » : وقد ورد من طرق كثيرة صحيحة أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر بسد الابواب الشارعة في المسجد ، إلا باب علي ، فشق على بعض الصحابة ، فأجابهم بعذره في ذلك . قال : وقد ورد ذلك في حديث طويل لابن عباس أخرجه أحمد والطبراني بسند جيد . قال : وقد وقع في بعض الطرق من حديث أبي هريرة أن سكتى علي كانت مع النبي صلى الله عليه وسلم في المسجد ، يعني محاورة المسجد . أخرجه أبو علي في « مسنده » ، قال : وورد لحديث أبي سعيد (يريد هذا الحديث) شاهد نحوه من حديث سعد بن أبي وقاص ، أخرجه البزار من رواية خارجة بن سعد عن أبيه ، ورواية ثقات ، والله أعلم .
انظر « مشكاة المصابيح » ٣/ ٣١٥ ، ٣١٦ طبع المكتب الاسلامي .

على الأصح في الجميع . وفي وجوب القسم بين زوجاته ، وجهان . قال الاصطخري : لا . والأصح عند الشيخ أبي حامد والمرايين والبنوي : الوجوب ، وأكثر هذه المسائل وأخواتها ، تخرج على أصل اختلف فيه الأصحاب ، وهو أن النكاح في حقه ﷺ ، هل هو كالتسري في حقنا ؟ إن قلنا : نعم ، لم ينحصر عدد المنكوحات والطلاق ، وانعقد بالهبة ومعناها ، وبلا ولي وشهود ، وفي الاحرام ، ولم يجب القسم ، وإلا انعكس الحكم .

وكان له ﷺ تزويج المرأة بمن شاء بغير إذنها ولا إذن وليها ، وتزوجها لنفسه ، وتولّى الطرفين بغير إذنها و [لا] إذن وليها . قال الحناطي : ويحتمل أنه إنما كان يحل باذنها ، وكان يحل له نكاح المعتدة على أحد الوجهين . قلت : هذا الوجه حكاه البغوي ، وهو غلط لم يذكره جمهور الأصحاب ، وغلطوا من ذكره . بل الصواب القطع بامتناع نكاح المعتدة من غيره .

والله أعلم

وهل كان يلزمه نفقة زوجاته ؟ فيه وجهان بناءً على المهر .

قلت : الصحيح الوجوب . والله أعلم

وكانت المرأة تحل له ﷺ بتزويج الله تعالى ، لقوله في قصة زينب امرأة زيد : (فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكمها) [الاحزاب : ٣٧] وقيل : بل نكحها بنفسه . ومعنى الآية : أحللنا لك نكاحها . وهل كان يحل له الجمع بين امرأة وعمتها أو خالتها ؟ وجهان بناءً على أن المخاطب هل يدخل في الخطاب ؟ ولم يكن يحل الجمع بينها وبين أختها وأما وبنتها على المذهب . وحكى الحناطي فيه وجهين ، وأعتق ﷺ صفة وتزوجها ، وجعل عتقها صداقها . فقيل : معناه : أعتقها وشرط أن ينكحها ، فلزمها

الوفاء ، بخلاف غيره . وقيل : جعل نفس المتق صداقاً ، وجاز ذلك ، بخلاف غيره .
قلت : وقيل : معناه : أعتقها بلا عوض ، وتزوجها بلا مهر لافي الحال ولا في
ما بعد ، وهذا أصح . والله أعلم

الضرب الرابع : ما اختص به ﷺ من الفضائل والاكرام ، فمنه أن
زوجاته اللاتي توفي عنهن - رضي الله عنهن - محرمات على غيره أبداً ، وفيمن فارقه
في الحياة أوجه . قال ابن أبي هريرة : يحرم ، وهو المنصوص في أحكام القرآن ،
لقول الله تعالى : (وأزواجه أمهاتهم) [الاحزاب : ٦] . والثاني ، يحل . والثالث :
يحرم الدخول بها فقط . قال الشيخ أبو حامد : هو الصحيح .

قلت : الأول أرجح . والله أعلم

فان حرمتنا ، ففي أمة يفارقه بالموت أو غيره بحد وطئها وجهان . ولو فرض
أن بعض الخيِّرات اختارت الفراق ، ففي حلها لغيره طريقان . قال المراقبون :
فيها الأوجه ، وقطع أبو يعقوب الأبيوردي وآخرون بالحل ، لتحصل فائدة التخيير ،
وهو التمكن من زينة الدنيا ، وهذا اختيار الامام ، والغزالي . ومنه ، أن أزواجه
أمهات المؤمنين ، سواء من ماتت تحته ﷺ ، ومن مات عنها وهي تحته ، وذلك
في تحريم نكاحهن ورجوب احترامهن وطاعتهن ، لافي النظر والخلوة ، ولا يقال :
بناتهن أخوات المؤمنين ، ولا آبائهن وأمهاتهن أجداد وجدات المؤمنين ، ولا إخوتهن
وأخواتهن أخوال المؤمنين وخالاتهم . وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً أنه يطلق
اسم الاخوة على بناتهن ، واسم الخؤولة على إخوتهن وأخواتهن ، لثبوت حرمة الأمومة
لهن ، وهذا ظاهر لفظ المختصر .

قلت : قال البغوي : كن أمهات المؤمنين من الرجال دون النساء ، روي ذلك

عن عائشة رضي الله عنها (١) ، وهذا جارٍ على الصحيح عند أصحابنا وغيرهم من أهل الأصول ، أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال . وحكى الماوردي في تفسيره خلافاً في كونهن أمهات المؤمنات ، وهو خارج على مذهب من أدخلهن في خطاب الرجال . قال البغوي : وكان النبي ﷺ أباً للرجال والنساء جميعاً . وقال الواحدي من أصحابنا: قال بعض أصحابنا : لا يجوز أن يقال : هو أبو المؤمنين ، لقول الله تعالى : (ما كان محمد أباً أحد من رجالكم) [الاحزاب: ٤٠] قال: نص الشافعي على أنه يجوز أن يقال : هو أبو المؤمنين ، أي: في الحرمة . ومعنى الآية : ليس أحد من رجالكم ولد صلبه . والله أعلم

ومنه ، تفضيل زوجاته على سائر النساء ، وجعل ثوابهن وعقابهن مضاعفاً ، ولا يحمل أن يسألن أحد شيئاً إلا من وراء حجاب ، ويجوز أن يسأل غيرهن مشافهة . قلت : وأفضل زوجاته ﷺ ، خديجة ، وعائشة رضي الله عنها قال المتولي: واختلفوا أيها أفضل . والله أعلم

ومنه ، في غير النكاح ، أنه خاتم النبيين ، صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين ، وأمته خير الأمم ، وشريعته مؤبدة وناسخة لجميع الشرائع ، وكتابه معجز محفوظ عن التحريف والتبديل ، وأقيم بهمه حجة على الناس ، ومعجزات سائر الأنبياء

(١) قال ابن كثير في التفسير : وهل يقال لمن : أمهات المؤمنات فدخل النساء في جمع المذكر السالم تظليماً ؟ فيه قولان ، صح عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : لا يقال ذلك ، قال : وهذا أصح الوجهين في مذهب الشافعي رضي الله عنه .

انقرضت ، ونصر بالربح مسيرة شهر ، وجعلت له الأرض مسجداً، وتربها ظهوراً ، وأحلت له الفنائم ، ويشفع في أهل الكبائر .

قلت : هذه العبارة ناقصة أو باطلة ، فإن شفاعته ﷺ التي اختص بها ليست الشفاعة في مطلق أهل الكبائر ، فإن لرسول الله ﷺ في القيامة شفاعات خمساً .
أولاهن : الشفاعة العظمى في الفصل بين أهل الموقف حين يفرعون إليه بعد الأنبياء ، كما ثبت في الحديث الصحيح ، حديث الشفاعة (١) .

والثانية : في جماعة ، فيدخلون الجنة بغير حساب .

والثالثة : في ناس استحقوا دخول النار فلا يدخلونها .

والرابعة : في ناس دخلوا النار ، فيخرجون .

والخامسة : في رفع درجات ناس في الجنة ، وقد أوضحت ذلك [كله] في « كتاب الايمان » من أول « شرح صحيح مسلم » رحمه الله ، والشفاعة المختصة به ﷺ ، هي الأولى والثانية ، ويجوز أن تكون الثالثة والخامسة أيضاً .

وانت اعلم

وبعث ﷺ إلى الناس كافة ، وهو سيد ولد آدم ، وأول من تنشق عنه الأرض ، وأول شافع ومشفّع ، وأول من يقرع باب الجنة ، وهو أكثر الأنبياء أتباعاً ، وأمه معصومة لا تجتمع على ضلالة ، وصفوفهم كصفوف الملائكة . وكان لا ينام قلبه ، ويرى من وراء ظهره كما يرى من قدامه ، وتطوّعه بالصلاة قاعداً كطوّعه قائماً وإن لم يكن عنده وفي حق غيره ثواب القاعد النصف .

(١) انظر حديث الشفاعة العظمى بطوله في « صحيح البخاري » ٨ / ٣٠٠ و « صحيح مسلم »

١٨٤/١ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

قلت : هذا قد قاله صاحب « التلخيص » ، وتابعه البغوي ، وأنكره القفال ، وقال : لا يعرف هذا ، بل هو كغيره ، والمختار الأول ، لحديث عبد الله بن عمرو ابن العاص رضي الله عنهما قال : « أتيت رسول الله ﷺ فوجدته يصلي جالساً ، فقلت : حدثت يا رسول الله أنك قلت : « صلاة الرجل قاعداً على نصف الصلاة » وأنت تصلي قاعداً : قال : « أجل ولكني لست كأحدكم » رواه مسلم في « صحيحه » ، (١).

والله أعلم

ويخاطبه ﷺ المصلي بقوله : السلام عليك أيها النبي ورحمة الله ، ولا يخاطب سائر الناس ، ولا يجوز لأحد رفع صوته فوق صوته ، ولا أن يناديه من وراء الحجرات ، ولا أن يناديه باسمه فيقول : يا محمد ، بل يقول : يا رسول الله ، يا نبي الله ، ويجب على المصلي إذا دعاه ، أن يجيبه ، ولا تبطل صلاته . وحكى أبو العباس الروياني وجهاً أنه لا يجب ، وتبطل به الصلاة ، وكان يتبرك ويستشفى ببوله ودمه ، ومن زنا بمحضرتة أو استهان به ، كفر .

قلت : في الزنا ، نظر . والله أعلم

وأولاد بناته ينسبون إليه ، وأولاد بنات غيره ، لا ينسبون إليه في الكفاءة وغيرها.

(١) روى مسلم في « صحيحه » عن عبد الله بن عمرو قال : حدثت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « صلاة الرجل قاعداً نصف الصلاة » قال : فأتيت فوجدته يصلي جالساً ، فرضت يدي على رأسه ، فقال : « مالك يا عبد الله بن عمرو ؟ » قال : حدثت يا رسول الله أنك قلت : « صلاة الرجل قاعداً على نصف الصلاة » وأنت تصلي قاعداً ؟! قال : « أجل ولكني لست كأحد منكم » .

قلت : كذا قال صاحب « التلخيص » ، وأنكره القفال وقال : لا اختصاص في انتساب أولاد البنات . والله أعلم

وقال عليه السلام : « كل سبب ونسب منقطع يوم القيامة ، إلا سبي ونسي » (١) قيل : معناه : أن أمته ينتسبون إليه يوم القيامة ، وأمم سائر الأنبياء لا ينسبون إليهم . وقيل : ينتفع يومئذ بالنسبة إليه ، ولا ينتفع بسائر الأنساب . وقال عليه السلام : « تسموا باسمي ، ولا تكتنوا بكنتي » (٢) وقال الشافعي رضي الله عنه : ليس لأحد أن يكتني بأبي القاسم ، سواء كان اسمه محمداً ، أم لا ، ومنهم من حمّله على كراهة الجمع بين الاسم والكنية ، وجوز الافراد ، وبشبهه أن يكون هذا أصح ، لأن الناس عازالوا يكتنون به في جميع الاعصار من غير إنكار .

قلت : هذا الذي تأوله الرافعي واستبدل به فيها ، ضعيف ، وهذه المسألة فيها ثلاثة مذاهب . أجدها : مذهب الشافعي ، وهو ما ذكره . والثاني : مذهب مالك : أنه يجوز التكني بأبي القاسم لمن اسمه محمد وغيره . والثالث : يجوز لمن اسمه محمد دون غيره . ومن جوز مطلقاً ، جعل النهي مختصاً بحياة رسول الله عليه السلام ، وقد يستدل له بما ثبت في الحديث من سبب النهي ، وأن اليهود تكتنوا به ، وكانوا ينادون : يا أبا القاسم ، فإذا التفت النبي عليه السلام قلوا : لم نعمك ، إظهاراً للابذاء ، وقد زال ذلك

(١) رواه الطبراني ، والحاكم ، والبيهقي ، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، ورواه الطبراني عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وعن المسور بن مخرمة رضي الله عنه قال الحاكم : صحيح ، وقال الذهبي : يل منقطع ، وقال الهيثمي : رواه الطبراني ورجاله ثقات . (٢) رواه أحمد ، والبخاري ، ومسلم ، والنسائي ، وابن ماجه عن أنس بن مالك رضي الله عنه ، ورواه أحمد ، والبخاري ، ومسلم ، وابن ماجه عن جابر رضي الله عنه .

المعنى ، وهذا المذهب أقرب ، وقد أوضحته مع ما يتعلق به في كتاب « الأذكار » ، وكتاب « الأسماء » (١) .

وما يتعلق بهذا الضرب ، أن شمره عليه السلام طاهر على المذهب وإن نجسنا شمر غيره ، وأن بوله ودمه وسائر فضلاته ، طاهرة على أحد الوجهين كما سبق ، وأن الهدية له حلال ، بخلاف غيره من الحكماء وولاة الأمور من رعائهم . وأعطي جوامع الكلم . ومن خصائصه عليه السلام ، ما ذكره صاحب « التلخيص » ، والقفال قالوا : كان النبي عليه السلام يؤخذ عن الدنيا عند تلقي الوحي ، ولا تسقط عنه الصلاة ولا غيرها . وفاته عليه السلام ركعتان بعد الظهر ، فقضاها بعد العصر ، ثم واظب عليها بعد العصر . وفي اختصاصه بهذه المداومة ، وجهان . أحدهما : الاختصاص . ومنها : أنه لا يجوز الجنون على الأنبياء ، بخلاف الأغماء . واختلفوا في جواز الاحتلام ، والأشهر امتناعه . ومنها ، أنه من رآه عليه السلام في المنام فقد رآه حقاً . وأن الشيطان لا يتمثل في صورته (٢) ، ولكن لا يعمل بما يسمعه الرائي منه في المنام مما يتعلق بالأحكام ، لعدم ضبط الرائي ، لا للشك في الرؤية ، فإن الخبر لا يقبل إلا من ضابط مكلف ، والنائم بخلافه . ومنها ، أن الأرض لا تأكل لحوم الأنبياء ، للحديث الصحيح في ذلك (٣) .

(١) يريد به « تهذيب الأسماء والقبات » .

(٢) روى أحمد ، والبخاري ، والترمذي عن أنس بن مالك رضي الله عنه ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من رآني ، فقد رآني ، فان الشيطان لا يتمثل بي » وروى أحمد ، والبخاري ، ومسلم عن أبي قتادة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من رآني فقد رأى الحق ، فان الشيطان لا يتمثل بي » . أي : لا يظهر في زبي ، وفي رواية « فان الشيطان لا يكتوي » أي : لا يتكاف كوناً مثل كوني . (٣) روى أبو داود بسند صحيح ، وأحمد ، والنسائي ، والدارمي ، وابن ماجه ، =

ومنها قوله ﷺ في الحديث : « إن كذباً عليّ ليس ككذب علي أحد » (١) .
فالكذب عمداً عليه من الكبائر ، ولا يكفر فاعله على الصحيح وقول الجمهور .
وقال الشيخ أبو محمد : هو كفر . وانختم الباب بكلامين .

أحدهما : قال إمام الحرمين : قال المحققون : ذكر الاختلاف في مسائل الخصائص
خبط غير مفيد ، فانه لا يتعلق به حكم ناجز تمس إليه حاجة ، وإنما يجري الخلاف
فيها لانجذ بدءاً من إثبات حكم فيه ، فان الأقيسة لاجمال لها ، والأحكام الخاصة
تتبع فيها النصوص ، وما لانص فيه ، فتقدير اختيار فيه ، هجوم على الغيب من
غير فائدة .

والكلام الثاني : قال الصيمري : منع أبو علي بن خيران الكلام في الخصائص ،
لأنه أمر انقضى ، فلا معنى للكلام فيه . وقال سائر أصحابنا : لا بأس به ، وهو
الصحيح ، لما فيه من زيادة العلم ، فهذا كلام الأصحاب ، والصواب الجزم بجواز
ذلك ، بل باستجابه . بل لو قيل بوجوبه ، لم يكن بعيداً ، لأنه ربما رأى جاهل بعض
الخصائص ثابتة في الحديث الصحيح فعمل به أخذاً بأصل التأسي ، فوجب بيانها

= والحاكم عن أوس بن أوس رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
« إن من أفضل أيامكم يوم الجمعة ، فيه خلق آدم ، وفيه قبض ، وفيه النفخة ، وفيه الصمعة ،
فأكثروا علي من الصلاة فيه ، فان صلاتكم معروضة علي » قالوا : يا رسول الله وكيف
تعرض صلاتنا عليك وقد أومت ؟ قال : « يقولون : بليت » قال : « إن الله حرم على الأرض
أن تأكل أجساد الانبياء » .

(١) روى البخاري ومسلم في « صحيحهما » عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال : « إن كذباً عليّ ليس ككذب علي أحد ، فمن كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار » .

لتعرف فلا يعمل بها ، وأي فائدة أم من هذه ؟! وأما مايقع في ضمن الخصائص
بما لافائدة فيه اليوم ، فقليل لا تخلو أبواب الفقه عن مثله للتدرب ومعرفة الأدلة
وتحقيق الشيء على ما هو عليه . والله أعلم

الباب الثاني في مقدمات النكاح

وفيه فصول .

[الفصل الأول : فيمن يستحب له النكاح .

الناس ضربان ، تائق إلى النكاح ، وغيره .

فالتائق ، إن وجد أهبة النكاح ، استحب له ، سواء كان مقبلاً على العبادة ، أم لا .
وإن لم يجدها ، فالأولى أن لا يتزوج ويكسر شهوته بالصوم ، فإن لم تنكسر به ،
لم يكسرها بالكافور ونحوه ، بل يتزوج .

وأما غير التائق ، فإن لم يجد أهبة ، أو كان به مرض أو عجز ، بحب أو تمنين
أو كبر ، كره له النكاح لما فيه من التزام ما لا يقدر على القيام به من غير حاجة .
وإن وجد الأهبة ، ولم يكن به علة ، لم يكره له النكاح ، لكن التحلي للعبادة
أفضل . فإن لم يكن مشغلاً بالعبادة ، فوجهان حكاهما ابن القطان وغيره ، وأصحها :
النكاح أفضل كيلا تقضي به البطالة والفراغ إلى الفواحش . وإثاني : تركه أفضل ،
لما فيه من الخطر بالقياس بواجبه . وحكي وجه : أن النكاح أفضل من التحلي
للمعبادة . وفي شرح « مختصر » الجويني وجه : أنه إن خاف الزنا ، وجب عليه
النكاح . وقال القاضي أبو سعد الهروي : ذهب بعض أصحابنا بالعراق ، إلى أن
النكاح فرض كفاية ، حتى لو امتنع منه أهل قطر ، أجبروا عليه .

قلت : الوجه المحكي عن شرح الجويني ، لا يحتم النكاح ، بل يختار بينه وبين التبرّي ، ومعناه ظاهر . والله أعلم

الفصل الثاني : إذا أراد النكاح ، فالبكر أولى من الثيب إذا لم يكن عذر ، واولود أولى ، والنسية أولى ، والتي ليست بقرابة قريبة أولى ، وذات الدين أولى . قلت : وبعد الدين ، ذات الجمال والعقل أولى ، وقرابته غير القرينة أولى من الأجنبية ، والمستحب أن لا يزيد على امرأة من غير حاجة ظاهرة ، ويستحب أن لا يتزوج من معها ولد من غيره لغير مصلحة ، قاله المتولي . وإنما قيدت لغير المصلحة ، لأن رسول الله ﷺ تزوج أم سلمة رضي الله عنها ومعه ولد أبي سلمة رضي الله عنهم . قال أصحابنا : ويستحب أن يتزوج في شوال ، للحديث الصحيح عن عائشة رضي الله عنها [في ذلك] (١) . والمستحب ، أن لا يتزوجها إلا بعد بلوغها ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، وهذا إذا لم يكن حاجة أو مصلحة .

والله أعلم

فرع

إذا رغب في نكاحها ، استحب أن ينظر إليها ثلاثاً يتدم . وفي وجهه : لا يستحب

(١) روى أحمد ، ومسلم ، والنسائي عن عائشة رضي الله عنها قالت : تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم في شوال ، وبني بي في شوال ، فأني نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم . كان أحظى عنده مني ؟ وكانت عائشة تستحب أن تدخل نساءها في شوال .

هذا النظر ، بل هو مباح . والصحيح الاول ، للأحاديث (١) . ويجوز تكرير هذا النظر ليتبين هيئتها ، وسواء النظر بأذن وبغير إذن . فإن لم يتيسر النظر ، بحث امرأة تأملها وتصفها له ، والراءة أيضاً تنظر إلى الرجل إذا أرادت تزوجه ، فانه يجيبها منه مايجبه منها ، ثم المنظور إليه الوجه والكفان ظهراً وبطناً ، ولا ينظر إلى غير ذلك . وحكى الحناطي وجهين في الفصل الذي بين الكف والمصم . وفي « شرح مختصر الجويني » وجه : أنه ينظر إليها نظر الرجل إلى الرجل . والصحيح الاول . قال الامام : ويباح هذا النظر وإن خاف الفتنة لمرض التزوج ، ووقت هذا النظر ، بعد المزم على نكاحها ، وقبل الخطبة ، إلا يتركها بعد الخطبة فيؤذيها ، وهذا هو الصحيح . وقيل : ينظر حين تأذن في عقد النكاح . وقيل : عند ركون كل واحد منها إلى صاحبه ، وذلك حين تحرم الخطبة على الخطبة .

(١) روى مسلم في « صحيحه » عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم ، فأناه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الانصار ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أنظرت إليها ؟ » قال : لا ، قال : « فاذهب فانظر إليها فان في عين الانصار شيئاً » .

وروى أحمد ، والترمذي ، والنسائي ، وابن ماجه ، والدارمي عن المغيرة بن شعبه رضي الله عنه قال : خطبت امرأة ، فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هل نظرت إليها ؟ » قلت : لا ، قال : « فانظر إليها ، فانه أحرى أن يؤدم بينكما » .

وروى أحمد بسند حسن ، وأبو داود في « سننه » عن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا خطب أحدكم المرأة ، فان استطاع أن ينظر إلى مايدعوه إلى نكاحها فليفعل » .

قلت : وإذا نظر فلم تعجبه ، فليسكت ، ولا يقل : لا أريدها ، لأنه إيذاء .
وانتدأعلم

الفصل الثالث : في أحكام النظر .

جرت العادة بذكره هنا ، وله حالان . أحدهما : أن لاتمس الحاجة إليه .
والثاني : أن تمس .

و[الحال]الاول : أربعة أضرب ، نظر الرجل إلى المرأة ، وعكسه ، والرجل إلى
الرجل ، والمرأة إلى المرأة .

[الضرب] الاول : نظر الرجل إلى المرأة ، فيحرم نظره إلى عورتها مطلقاً ،
وإلى وجهها وكفيها إن خاف فتنة . وإن لم يخف ، فوجهان ، قال أكثر الأصحاب
لا سيما المتقدمون : لا يحرم ، لقول الله تعالى : (ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها)
[الأحزاب: ٣١] وهو مفسر بالوجه والكفين ، لكن يكره ، قاله الشيخ أبو حامد وغيره .
والثاني : يحرم ، قاله الاصطخري وأبو علي الطبري ، واختاره الشيخ أبو محمد ، والامام ،
وبه قطع صاحب د المذهب ، والروائي ، ووجه الامام باتفاق المسلمين على منع
النساء من الخروج سافرات ، وبأن النظر مظنة الفتنة ، وهو محرك للشهوة ،
فاللائق بحاسن الشرع ، سد الباب فيه ، والاعراض عن تفاصيل الأحوال ، كالخلوة
بالاجنبية . ثم المراد بالكف ، اليد من رؤوس الأصابع إلى المعصم . وفي وجه :
يختص الحكم بالراحة . وأما أخمصا القدمين ، فعلى الخلاف السابق في ستر المورة .
وصوتها ليس بمورة على الأصح ، لكن يحرم الاصفاء إليه عند خوف الفتنة .
وإذا قرع بابها ، فينبغي أن لاتجيب بصوت رخيم ، بل تملظ صوتها .
قلت : هذا الذي ذكره من تفلظ صوتها ، كذا قاله أصحابنا . قال إبراهيم
المروزي : طريقها أن تأخذ ظهر كفها بفيها وتجب كذلك . وانتدأعلم

هذا كله إذا كان الناظر بالغاً فحلاً ، والمنظور إليها حرة كبيرة أجنبية . ثم الكلام في ست صور .

إحداها : الطفل الذي لم يظهر على عورات النساء ، لاحتجاب منه . وفي المراهق وجهان . أحدهما : له النظر ، كما له الدخول بلا استئذان إلا في الأوقات الثلاثة (١) ، فعلى هذا ، نظره كنظر المحارم البالغين . وأصحابها : أن نظره كنظر البالغ إلى الأجنبية ، لظهوره على العورات . ونزل الامام أمر الصبي ثلاث درجات . إحداها : أن لا يبلغ أن يحكي ما يرى . والثانية : يبلغه ولا يكون فيه توران شهوة وتشوف . والثالثة : أن يكون فيه ذلك . فالأول حضوره كغيبته ، ويجوز التكشف له من كل وجه . والثاني : كالحرم . والثالث : كالبالغ . واعلم أن الصبي لا تكليف عليه ، وإذا جملناه كالبالغ ، فمعناه يلزم المنظور إليها الاحتجاب منه ، كما يلزمها الاحتجاب من المجنون قطعاً .

قلت : وإذا جملناه الصبي كالبالغ ، لزم الولي أن يمنعه النظر ، كما يلزم أن يمنعه الزنا وسائر المحرمات . والله أعلم

[الصورة] الثانية : في المسوح وجهان . قال الأكثرون : نظره إلى الأجنبية ، كنظر الفحل إلى المحارم ، وعليه يحمل قول الله تعالى : (أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال) [الأحزاب : ٣١] . والثاني : أنه كالفحل مع الأجنبية ، لانه يحل له نكاحها .

(١) قال الله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات ، من قبل صلاة الفجر ، وحين تضمون أثابكم من الظنيرة ، ومن بعد صلاة العشاء ، ثلاث عورات لكم ، ليس عليكم ولا عليهم جناح بمسدهن طوافون عليهن بمسحكم على بعض ، كذلك يبين الله لكم الآيات والله عليم حكيم) .

قلت : والخمار في تفسيره غير أولي الاربة ، أنه المنقل في عقله الذي لا يكثر
للنساء ولا يشتهين ، كذا قاله ابن عباس وغيره . والله أعلم

وأما المحبوب الذي بقي أنبياء ، والخصي الذي بقي ذكره ، والنين ، والخنث
وهو المشبه بالنساء ، والشيخ الهيم ، فكالفحل ، كذا أطلق الاكثرون . وقال في
« الشامل » : لا يحل للخصي النظر ، إلا أن يكبر ويهرم وتذهب شهوته ، وكذا
الخنث . وأطلق أبو غنل البصري التأخر في الخصي والخنث وجهين .

قلت : هذا المذكور عن « الشامل » ، قاله شيخه القاضي أبو الطيب ، وصرح
بأن الشيخ الذي ذهب شهوته ، يجوز له ذلك ، لقوله تعالى : (أو التابعين غير أولي
الاربة) [الأحزاب : ٣١] . والله أعلم

[الصورة] الثالثة : مملوك المرأة محرّم لها على الاصح [عند الاكثرين] .

قلت : وهو النصوص ، وظاهر الكتاب والسنة وإن كان فيه نظر من حيث
المعنى ، قال القاضي حسين : فإن كاتبته ، فليس بمحرّم . والله أعلم

[الصورة] الرابعة : إذا كان المنظور إليها أمة ، فثلاثة أوجه . أصحها فيما ذكره البغوي

والرويانى : يحرم النظر إلى ما بين السرة والركبة ، ولا يحرم ما سواه ، لكن يكره .
والثاني : يحرم ما لا يبدو حال المهنة دون غيره . والثالث : أنها كالحرّة ، وهذا غريب
لا يكاد يوجد لغير الغزالي .

قلت : قد صرح صاحب « البيان » وغيره ، بأن الامّة كالحرّة وهو مقتضى

إطلاق كثيرين ، وهو أرجح دليلاً . والله أعلم

[الصورة الخامسة : في النظر إلى الصبية ، وجهان . أحدهما : النع . والاصح الجواز ، ولا فرق بين عورتها وغيرها ، لكن لا ينظر إلى الفرج .

قلت : جزم الرافعي ، بأنه لا ينظر إلى فرج الصغيرة . وتقل صاحب « المدة » ، الاتفاق على هذا ، وليس كذلك ، بل قطع القاضي حسين في تعليقه بجواز النظر إلى فرج الصغيرة التي لا تستهي ، والصغير ، وقطع به في الصغير إبراهيم الروذي . وذكر المتولي فيه وجهين ، وقال : الصحيح الجواز ، لتسامح الناس بذلك قديماً وحديثاً ، وأن إباحة ذلك تبقى إلى بلوغه سن التمييز ، ومصيره بحيث يمكنهستر عورته عن الناس . والله أعلم

وأما المجوز ، فألحقها الغزالي بالشابة ، لأن الشهوة لا تنضب ، وهي محل الوطء . وقال الروياني : إذا بلغت مبلغاً يؤمن الافتتان بالنظر إليها ، جاز النظر إلى وجهها وكفيها ، لقول الله تعالى : (والقواعد من النساء ...) الآية [النور : ٦] .

[الصورة السادسة : المحرم لا ينظر إلى ما بين السرة والركبة ، وله النظر إلى ما سواه على المذهب . وفي وجه : أنه يباح ما يبدو عند المهنة . وهل الثدي زمن الارضاع مما يبدو ؟ وجهان . وسواء المحرم بالنسب والمصاهرة والرضاع ، وقيل : لا ينظر بالمصاهرة والرضاع إلا إلى البادي في المهنة . والصحيح الاول .

قلت : ويجوز المحرم الخلوة والمسافرة بها . والله أعلم

الضرب الثاني : نظر الرجل إلى الرجل ، وهو جائز في جميع البدن ، إلا ما بين السرة والركبة ، لكن يحرم النظر إلى الأرمدة وغيره بالشهوة ، وكذا النظر إلى المحارم وسائر المذكورات في الضرب السابق بالشهوة حرام قطعاً . ولا يحرم

النظر إلى الامرد بغير شهوة إن لم يخف فتنة ، وإن خافها ، حرم على الصحيح وقول الاكثرين .

قلت : أطلق صاحب « المذهب » وغيره : أنه يحرم النظر إلى الامرد لغير حاجة ، ونقله الداركي عن نص الشافعي رحمه الله . والله أعلم

الضرب الثالث : نظر المرأة إلى المرأة كالرجل إلى الرجل إلا في شيئين . أحدهما : حكي الامام وجهاً : أنها كالمحرم ، وهو شاذ ضعيف . الثاني : في نظر الذمية إلى المسلمة وجهان . أصحابها عند الفزالي : كالمسلمة . وأصحابها عند البغوي : المنع . فعلى هذا ، لاتدخل الذمية الحمام مع المسلمات ، وما الذي تراه من المسلمة ؟ قال الامام : هي كالرجل الاجنبى . وقيل : ترى ما يبدو في الهيئة ، وهذا أشبه . قلت : ماصححه البغوي هو الاصح أو الصحيح ، وسائر الكافرات كالذمية في هذا ، ذكره صاحب « البيان » . والله أعلم

الضرب الرابع : نظر المرأة إلى الرجل ، وفيه أوجه . أصحابها : لها النظر إلى جميع بدنه إلا ما بين السرة والركبة . والثاني : لها نظر ما يبدو منه في الهيئة فقط . والثالث : لا ترى منه إلا ما يرى منها .

قلت : هذا الثالث ، هو الاصح عند جماعة ، وبه قطع صاحب « المذهب » وغيره ، لقول الله تعالى : (وقل للمؤمنات يفضضن من أبصارهن) [النور : ٣١] ولقوله ﷺ : « أنصيا وإن أنتم ، أليس تبصرانه » (١) الحديث ، وهو حديث حسن . والله أعلم

(١) روى أحمد ، وأبو داود ، والترمذي ، عن أم سلمة رضي الله عنها أنها كانت =

وأما نظرها إلى محرمها ، فلا يحرم إلا ما بين السرة والركبة على المذهب ، وبه قطع المحققون . وقيل : هو كنظره إليها ، ويحرم عاينها النظر إلى الرجل عند خوف الفتنة قطعاً . وحديث « أفعمياوان » ، يحمل على هذا أو على الاحتياط .

فرع

ما لا يجوز النظر إليه متصلاً كالذكر وساعد الحرة وشعر رأسها وشعر عانة الرجل وما أشبهها ، يحرم النظر إليه بعد الانفصال على الأصح .
وقيل : لا ، وقال الامام احتمالاً لنفسه : إن لم يتميز البان من المرأة بصورته وشكله عمّا للرجل : كالقلامة ، والشعر ، والجلدة ، لم يحرم . وإن تميز ، حرم . قلت : مذكروه الامام ، ضعيف ، إذ لا أثر للتمييز ، مع العلم بأنه جزء يحرم نظره . وعلى الأصح : يحرم النظر إلى قلامة رجلها دون قلامة يدها ، ويده ورجله .

والله أعلم

= عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وميمونة ، قالت : فبينما نحن عنده ، إذ أقبل ابن أم مكتوم فدخل عليه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « احتجبا منه » ، فقلت : يا رسول الله أليس هو أعمى لا يبصرنا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أفعمياوان أنتما ؟ أستا بصرانه ؟ » وفي سنده ضعف ، قال الحافظ ابن حجر في « تخريج الكشاف » : رواه أبو داود ، والترمذي ، والنسائي ، وابن حبان ، وأحمد ، وإسحاق ، وابن أبي شيبة ، وأبو يعلى ، والطبراني كلهم من رواية نبهان كاتب أم سلمة عنها ، قال النسائي : لا نعلم رواه عن نبهان إلا الزهري ، وقال إسحاق في « مسنده » : أخبرنا يحيى بن آدم ، حدثنا مندل عن يونس عن الزهري عن نبهان عن أم سلمة قالت : استأذن ابن أم مكتوم وأنا وزينب عنده الحديث . قال : ومندل ضيف خالف في ذكر زينب بدل ميمونة . اهـ .

وينبغي لمن حلق عانته ، أن يوارى الشعر ، لئلا ينظر إليه أحد . وفي « فتاوى »
البغوي : أنه لو أئين شعر الأمة أو ظفرها ، ثم عتقت ، ينبغي أن يجوز النظر إليه
وإن قلنا : إن البان كالمتصل ، لأنه حين انفصل لم يكن عورة ، والمتق لا يمتدى
إلى المنفصل .

فرع

يجوز للزوج النظر إلى جميع بدن زوجته غير الفرج . وفي الفرج ، وجهان .
أحدهما : يحرم . وأصحها : لا ، لكن يكره . وباطن الفرج أشد كراهة ،
وبكره للانسان نظره إلى فرج نفسه بلا حاجة ، ونظر السيد إلى أمته التي يجوز
استمتاعه بها كنظر الزوج إلى زوجته ، سواء كانت قنة ، أو مدبرة ، أو مستولدة ،
أو عرض مانع قريب الزوال كالحيض والرهن ، فان كان مرتدة ، أو مجوسية ،
أو وثنية ، أو مزوجة ، أو مكاتبه ، أو مشتركة بيته وبين غيره ، حرم نظره
إلى ما بين السرة والركبة ، ولا يحرم ما زاد على الصحيح . وزوجته المعتدة عن
وطء أجنبي بشبهة ، كالمكاتبه . ونظر الزوجة إلى زوجها كنظره إليها . وقيل :
يجوز نظرها إلى فرجه قطعاً .

قلت : ونظرها إلى سيدها كنظره إليها . والله أعلم

فرع

حيث حرم النظر ، حرم المس بطريق الأولى ، لأنه أبلغ لذة ، فيحرم على الرجل
ذلك فخذ رجل بلا حائل . فان كان ذلك فوق إزار ، جاز إذا لم يخف فتنة .

وقد يحرم المسّ دون النظر ، فيحرم مس وجه الأجنبية وإن جاز النظر ، ومس كل ما جاز النظر إليه من المحارم والاماء ، بل لا يجوز للرجل مس بطن أمه ولا ظهرها ، ولا أن يغمز ساقها ولا رجلها ، ولا أن يقبل وجهها ، حكاه المبادي عن القفال . قال : وكذا لا يجوز للرجل أن يأمر ابنته أو أخته بغمز رجله . وعن القاضي حسين أنه كان يقول : المعائن اللاتي يكحلن الرجال يوم عاشوراء مرتكبات للحرام .

فرع

لا يجوز أن يضامع الرجل الرجل ، ولا المرأة المرأة وإن كان كل واحد في جانب من الفرائض ، وإذا بلغ الصبي أو الصبية عشر سنين ، وجب التفريق بينه وبين أمه وأبيه وأخته وأخيه في المضجع .

فرع

يستحب مصافحة الرجل الرجل ، والمرأة المرأة . قال البغوي : وتكره المصافحة والتقبيل ، إلاّ تقبيل الولد شفقة . وقال أبو عبد الله الزيري : لا بأس أن يقبل الرجل رأس الرجل وما بين عينيه ، عند قدومه من سفره أو تباعد لقائه . قلت : المختار أن تقبيل يد غيره إن كان لزهده وصلاحه أو علمه أو شرفه وصيافته ، ونحو ذلك من الأمور الدينية ، فهو مستحب . وإن كان لغناه ودنياه وشوكته ووجاهته عند أهل الدنيا ونحو ذلك ، فمكروه . وقال المتولي في « باب صلاة الجمعة » : لا يجوز . وتقبيل الصغار شفقة سنّة ، سواء ولد له وولد غيره إذا لم يكن بشهوة . والسنّة مصافحة القادم من سفر وتقبيله . ولا بأس بتقبيل وجه الميت الصالح ، ويكره حني الظهر في كل حال لكل أحد ، ولا بأس بالقيام لأهل الفضل ،

بل هو مستحب للاحترام، لا للرياء والاعظام ، وقد ثبتت أحاديث صحيحة بكل ما ذكرته ، وقد أوضحتها مبسوطه في « كتاب السلام » من « كتاب الأذكار » ، وهو مما لا يستغني مندبّن عن مثله ، وفي « كتاب الترخيص في القيام » . والله أعلم

فرع

الختى المشكل فيه وجهان . أصحها : الأخذ بالأشد ، فيجعل مع النساء رجلاً ، ومع الرجال امرأة . والثاني : الجواز ، قاله القفال ، استصحاباً لحكم الصفر . قلت : قطع الفوراني والمتولي بالثاني ، وإبراهيم المروذي ، ونقله المروذي عن القاضي . والله أعلم

الحال الثاني : إذا احتاج إلى النظر ، وذلك في صور .

منها : أن يريد نكاحها ، فله النظر كما سبق .

ومنها : أن يريد شراء جارية ، وقد سبق في البيع .

ومنها : إذا عامل امرأة يبيع أو غيره ، أو تحمّل شهادة عليها ، جاز النظر إلى وجهها فقط ليعرفها . وإذا نظر إليها وتحمّل الشهادة ، كلّفت الكشف عن وجهها عند الاداء . فإن امتنعت ، أمرت امرأة بكشفه .

ومنها : يجوز النظر والمس للفصد والحجامة ومعالجة العلة ، وليكن ذلك بحضور محرم أو زوج ، ويشترط في جواز نظر الرجل إلى المرأة لهذا أن لا يكون هناك امرأة تعالج ، وفي جواز نظر المرأة إلى الرجل ، أن لا يكون هناك رجل يعالج ، كذا قاله أبو عبد الله الزبيرى والرويانى ، وعن ابن القاصّ خلافه .

قلت : الأول أصح ، وبه قطع الفاضي حسين والتولي . قالوا أيضاً : ولا يكون ذمياً مع وجود مسلم . والله أعلم

ثم أصل الحاجة كافٍ في النظر إلى الوجه واليدين ، وفي النظر إلى سائر الأعضاء يعتبر تأكيد الحاجة ، وضبطه الامام فقال : ما يجوز الانتقال من الماء إلى التيمم وفاقاً أو خلافاً ، كشدة الضنى وما في معناها ، يجوز النظر بسببه ، وفي النظر إلى السواتين ، يعتبر مزيد تأكيد ، قال النزالي : وذلك بأن تكون الحاجة بحيث لا يبعد الكشف بسببها هتكاً للرؤية ويعذر في العادة .

ومنها : يجوز للرجال النظر إلى فرج الزانين لتحصيل شهادة الزنا ، وإلى فرج المرأة للشهادة على الولادة ، وإلى ثدي المرضعة للشهادة على الرضاع ، هذا هو الصحيح . وقال الاصطخري : لا يجوز كل ذلك . وقيل : يجوز في الزنا دون غيره . وقيل : عكسه .

الفصل الرابع : في الخطبة - بكسر الخاء - ، قال النزالي : هي مستحبة ، ويمكن أن يحتاج له بفعل النبي ﷺ . وما جرى عليه الناس ، ولكن لا ذكر للاستحباب في كتب الأصحاب ، وإنما ذكروا الجواز . ثم المرأة إن كانت خلية عن التكاح والمدة ، جازت خطبتها تعريضاً وتصريحاً ، وإن كانت معتدة ، حرم التصريح بخطبتها مطلقاً . وأما التعريض ، فيحرم في عدة الرجعية ، ولا يحرم في عدة الوفاة . وقيل : إن كانت عدة الوفاة بالحل ، لم تخطب ، خوفاً من تكلف إلقاء ولدها . والصحيح الأول . والبائن بطلاق أو فسخ ، يحل التعريض بخطبتها على الأظهر . والتي لا تحل لمن منه المدة بلمان أو رضاع أو طلاق الثلاث ، كالمعدة عن الوفاة . وقيل : كالفسخ . ثم سواء كانت المدة في هذه الصور بالأقراء أم بالأشهر . وقيل : إن كانت بالأقراء ، حرم قطعاً . والصحيح وبه قطع الجمهور : أن لا فرق .

وفي المعتدة عن وطء بشبهة ، طريقان . المذهب : القاطع بالجواز . والثاني : طرد الخلاف .
والتصريح ، كقوله : أريد نكاحك ، أو إذا انقضت عدتك نكحتك . والتعريض
بما يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها ، كقوله : رُبُّ راعب فيك ، من يجد مثلك ؟ أنت
جميلة ، إذا حللت فأذنني ، لاتبقين أُمِّياً ، لستِ بمرغوب عنك ، إن شاء الله لسائق إليك
خيراً ، ونحو ذلك ، وحكم جواب المرأة في هذه الصور تصريحاً وتعريضاً حكم
الخطبة . وجميع ما ذكرناه ، فيما إذا خطبها غير صاحب العدة . فأما صاحبها الذي
يجل له نكاحها ، فله التصريح بخطبتها .

فرع

تحرم الخطبة على خطبة غيره بعد صريح الإجابة ، إلا إذا أذن الغير أو ترك .
وصريح الإجابة أن تقول : أجبتك إلى ذلك ، أو تأذن لوليها [في] أن يزوجه
إياه ، وهي معتبرة الاذن . فلو لم تصرح بالإجابة ، لكن وجد ما يشعر بها ، كقولها :
لارغبة عنك ، فقولان . القديم ، تحريم الخطبة . والجديد ، الجواز . ولو ردته ،
فللغير خطبتها قطعاً . ولو لم يوجد إجابة ولا رد ، فقليل : يجوز قطعاً . وقيل
بالقولين . والمعتبر ، رد الولي وإجابته إن كانت مجبرة ، وإلا فردها وإجابتها ،
وفي الأمة رد السيد وإجابته ، وفي المجنونة رد السلطان وإجابته . ثم المفهوم من
إطلاق الأكثرين ، أن سكوت الولي عن الجواب ، فيه الخلاف المذكور ، وخص
بعضهم الخلاف بسكوتها وقال : سكوت الولي لا يمنع قطعاً . وعن الداركي أن الخلاف
في سكوت البكر ، ولا يمنع سكوت الثيب بحال .

فرع

يجوز الهجوم على الخطبة لمن لم يدر أخطبت أم لا ، ولم يدر أجيب خاطبها أم رد ، لأن الأصل الإباحة .

فرع

سواء فيما ذكرناه الخاطب المسلم والتمي إذا كانت كناية . وقيل : يختص المنع بالخطبة على خطبة المسلم .

قلت : قال الصيمري : لو خطب خمس نسوة دفعة ، فأذن ، لم يحل لأحد خطبة واحدة منهن حتى يتركها الأول ، أو يقعد على أربع فتحل الخامسة . وإن خطب كل واحدة وحدها ، فأذن ، حلت الخامسة دون غيرها . هذا كلامه ، والختار تحريم الجميع ، إذ قد يرغب في الخامسة . قال أصحابنا : ويكره التبريض بالجماع للخطوبة ، ولا يكره التبريض والتصريح به لزوجه وأمه . والله أعلم

فرع

يجوز الصدق في ذكر مساوىء الخاطب ليحضر ، وكفا من أراد نصيحة غيره ليحترز عن مشاركته ونحوها ، وليس هذا من النية المحرمة .

قلت : الغيبة تباح بستة أسباب قد أوضحته بدلائلها وما يتعلق بها وطرق مخرجها في آخر كتاب الأذكار .

أحدها : النظم ، فيجوز للمظلوم أن يتظلم إلى السلطان والقاضي وغيرهما ممن له ولاية أو قدرة على إنصافه ممن ظلمه ، فيقول : ظلمني فلان وفعل بي كذا .

الثاني : الاستمانة على تغيير النكر ورد العاصي إلى الصواب ، فيقول لمن يرجو قدرته على إزالة النكر : فلان يعمل كذا فازجره عنه ، ونحو ذلك .

الثالث : الاستفتاء ، بأن يقول للفقي : ظلمي فلان أو أبي أو أخي بكذا ، فهل له ذلك ، أم لا ؟ وما طريقي في الخلاص [منه] ودفع ظلمه عني ؟ ونحو ذلك . وكذا قوله : زوجتي تفعل معي كذا ، وزوجي يضرني ويقول لي كذا ، فهذا جائز للحاجة . والأحوط أن يقول : ما تقول في رجل أو زوج أو والد من أمره كذا ، ومع ذلك فالتعيين جائز ، لحديث هناد في « الصحيحين » : إن أبا سفيان شحیح ... الحديث (١) .

الرابع : تحذير المسلمين من الشر ، وذلك من وجوه .

منها : جرح المجرحين من الرواة والشهود والمصنفين ، وذلك جائز بالاجماع ، بل واجب ، صوناً للشریعة .

ومنها : الاخبار بعيبه عند المشاورة في موصلته .

(١) روى البخاري ومسلم في « صحيحهما » عن عائشة رضي الله عنها أن هناداً قال :

يا رسول الله إن أباسفيان رجل شحیح ، وليس بعطفي ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

ومنها : إذا رأيت من يشتري شيئاً معيباً ، أو عبداً سارقاً ، أو زانياً ، أو شارباً ، تذكره للمشتري - إذا لم يعلمه - نصيحة ، لابقصد الإيذاء والافساد .
ومنها : إذا رأيت متفقهاً يتردد إلى فاسق أو مبتدع يأخذ عنه علماً ، وخفت عليه ضرره ، فملك نصيحته ببيان حاله قاصداً النصيحة .

ومنها : أن يكون له ولاية لا يقوم بها على وجهها لعدم أهليته أو فسقه ، فتذكره لمن عليه ولاية ليستبدل به ، أو يعرف حاله فلا يعتبر به أو يلزمه الاستقامة .
الخامس : أن يكون مجاهرًا بفسقه أو بدعته ، كالخمر ، ومصادرة الناس ، وجباية المكوس ، وتوائي الأمور الباطلة ، فيجوز ذكره بما يجاهر به ، ولا يجوز بغيره إلا بسبب آخر .

السادس : التعريف ، فإذا كان معروفاً بقلب ، كالأعمش والأعرج والأزرق والقصير ونحوها ، جاز تعريفه به ، ويحرم ذكره به تنقّصاً ، ولو أمكن التعريف بغيره ، كان أولى . هذا مختصر ما تباح به الغيبة . والله أعلم

الفصل الخامس : في الخطبة ، بضم الخاء . يستحب لمن يخطب امرأة أن يقدم بين يدي خطبته خطبة ، فيحمد الله تعالى ، ويثني عليه ، ويصلي على النبي ﷺ ، ويوصي بتقوى الله تعالى (١) . ثم يقول : **حَيْتُمْ رَاغِباً فِي كَرَمِكُمْ ، وَمُحِبِّباً الْوَلِيَّ كَذَلِكَ ، ثُمَّ يَقُولُ : لَسْتُ بِمَرْغُوبٍ عَنْكُمْ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ .** وتستحب الخطبة أيضاً عند العقد ، وبحصل الاستحباب سواء خطب الولي أو الزوج أو أجنبي . وإذا قال الولي :

(١) روى أحمد وأصحاب « السنن » عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال :
« قلنا رسول الله صلى الله عليه وسلم التَّشْهَدُ فِي الْحَاجَةِ » إِنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ نَحْمَدُهُ وَنُسْتَعِينُهُ وَنُسْتَغْفِرُهُ ...
الْحَمْدُ » ، ويقرأ ثلاث آيات أهـ .

الحمد لله ، والصلاة على رسول الله ، زوجتك ، فقال الزوج : الحمد لله ، والصلاة على رسول الله ، قبلتُ نكاحها ، فوجهان . أحدهما : لا يصح النكاح ، للفصل ، والصحيح صحته ، وبه قطع الجمهور ، وقالوا : للنكاح خطبتان مسنوتتان ، إحداها تتقدم العقد ، والثانية تتخلله ، وهي أن يقول الولي : بسم الله ، والصلاة على رسول الله ، أوصيكم بتقوى الله تعالى ، زوجتك فلانة ، ثم يقول الزوج مثل ذلك ، ثم يقول : قبلتُ . ثم قال الأصحاب : موضع الوجهين إذا لم يطل الذكر بينهما ، فإن طال ، فالمقد باطل قطعاً . ولو تخلل كلام يسير لا يتعلق به العقد ولا يستحب فيه ، بطل العقد على الأصح . واستحب الشافعي رحمه الله أن يقول الولي : زوجتكها على ما أمر الله العظيم ، من إمساك بمعروف ، أو تسريح بإحسان . وهذا إن ذكره . قبل العقد ، فذاك . وإن قيد الولي بالإيجاب به ، وقيل الزوج مطلقاً أو ذاكراً له ، فوجهان . أحدهما : يبطل النكاح ، واختاره الشيخ أبو محمد ، لأنه شرط الطلاق على أحد التقديرين . وأصحها : الصحة ، لأن كل زوج مأخوذ به بمقتضى الشرع ، فهو ذكر لمقتضى المقد . وفصل الامام فقال : إن أجرياه شرطاً ملزماً ، فالوجه البطلان . وإن قصدا الوعظ دون الالتزام ، لم يضر . وإن أطلقا ، احتمل واحتمل ، وقرينة الحال تقتضي الوعظ .

فرع

يستحب الدعاء للزوجين بعد العقد ، فيقال : بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما في خير (١) .

(١) روى أحمد ، وأبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه بسند صحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا رفاً الانسان (أي هنأه حين زواجه) إذا تزوج قال : « بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما في خير » .

قلت : وبكره أن يقال : بالرفاء والبنين ، لحديث ورد بالنهي عنه ^(١) ، ولأنه من ألفاظ الجاهلية .

ومما يتعلق بآداب العقد ، أنه يستحب إحضار جمع من أهل الصلاح زيادة على الشاهدين ، وأن ينوي بالنكاح المقاصد الشرعية ، كاقامة السنّة ، وصيانة دينه وغيرها ، ويستحب الولي عرض موليته على أهل الفضل والصلاح ، لحديث عمر رضي الله عنه في « الصحيحين » ^(٢) . والله أعلم

الباب الثالث في أركان النكاح

وهي أربعة .

[الركن الأول : الصيغة إيجاباً وقبولاً ، فيقول الولي : زوّجْتُكَ ، أو أنكحْتُكَ ، ويقول الزوج : تزوّجْتُ ، أو نكحْتُ ، أو قبيلتُ تزويجها أو نكاحها . أو يقول الزوج أولاً : تزوّجْتُها ، أو نكحْتُها ، فيقول الولي : زوّجْتُكَ أو أنكحْتُكَ ، ولا ينعقد بغير لفظ التزويج والانكاح . وفي انعقاده بمعنى اللفظين بالمجتمعة من الماقدّبين أو أحدهما أوجه . أصحها : الانعقاد . والثالث : إن لم يُحسِن العربية ، انعقد ، وإلا ، فلا . وإذا صححناه ، فذاك إذا فهم كلٌّ منهما كلام الآخر . فإن لم يفهم ، فأخبره ثقة عن معنى لفظه ، ففي الصحة وجهان . ولا يشترط اتفاق اللفظين منهما .

(١) أخرج بقي بن مخلد عن رجل من بني تميم قال : كنّا نقول في الجاهلية : بالرفاء والبنين ، فعلمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « قولوا : بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما في خير » وفي سننه رجل مجبول .

(٢) وفيه أن عمر رضي الله عنه عرض بفته حفصة رضي الله عنها حين تأيت على عثمان ابن عفان وأبي بكر الصديق رضي الله عنهما ، فامتنع عثمان ، وسكت أبو بكر ، لأنها علما أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكرها ، ثم خطبها رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه عمر رضي الله عنه إياها .

فلو قال : زَوَّجْتُكَ ، فقال الزوج : نَكَحْتُ ، أو قال : أَنْكَحْتُكَ ، فقال : تزوّجتُ ، صح ، ولا ينعقد بالكناية .

فرع

إذا قال : زَوَّجْتُكَ ، فليقل : قبلتُ نكاحها أو تزويجها ، أو قبلتُ هذا النكاح ، فإن اقتصر على « قبلتُ » ، لم ينعقد على الأظهر . وقيل : قطعاً . وقيل : ينعقد قطعاً . وإن قال : قبلتُ النكاح أو قبلتها ، فخلافاً مرتب ، وأولى بالصحة . ولو قال : زَوَّجَنِي أو أَنْكَحَنِي ، فقال الولي : قد فعلتُ ذلك ، أو نعم ، أو قال الولي : زَوَّجْتُكَ أو أَنْكَحْتُكَ ، أَقْبَلْتُ ؟ فقال : نعم ، أو قال : نعم ، من غير قول الولي : أَقْبَلْتُ ، فليل بالنع قطعاً . وقيل بطرد الخلاف ، وهو أقيس . وفي نظائر هذه الصور من البيع ، ينعقد البيع . وكذا لو قال : بعتك كذا ، فقال : قبلتُ ، ينعقد على الصحيح . وحكى الخطاطي فيه وجهاً .

فرع

إذا كتب بالنكاح إلى غائب أو حاضر ، لم يصح . وقيل : يصح في الغائب وليس بشيء ، لأنه كناية ، ولا ينعقد بالكنايات . ولو خاطب غائباً بلسانه ، فقال : زَوَّجْتُكَ بنتي ، ثم كتب ، فبلغه الكتاب أو لم يبلغه ، وبلغه الخبر ، فقال : قبلتُ نكاحها ، لم يصح على الصحيح . وإذا صححنا في المسألتين ، فشرطه القبول في مجلس بلوغ الخبر ، وأن يقع بحضرة شاهدي الإيجاب .

قلت : لا يكفي القبول في المجلس ، بل يشترط الفور . والله أعلم

فرع

إذا استخلف القاضي فقيهاً في تزويج امرأة ، لم يكتفِ الكتاب ، بل يشترط اللفظ على المذهب ، وحتى الحفاطي وجهين ، وأيس للمكتوب إليه اعتماد الخط على الصحيح .

فرع

إذا قال [الولي] : تزوجني ، قال الولي : زوجتك . فإن قال الزوج بعده : قبِلْتُ ، صح النكاح قطعاً ، وإلا ، فالذهب والنص صحته أيضاً . وقيل بطرد الخلاف السابق في البيع في مثله . والخُلع ، والصلح عن الدم ، والاعتاق على مال ، ينعقد بالاستيجاب والإيجاب على المذهب ، وبه قطع الجمهور . فإذا قالت : طلقني أو خاليني على ألف ، فأجابها الزوج ، طَلَقْتُ ولزمتها الألف ، ولا حاجة إلى قبول بعده . وكذا لو قال العبد لسيده : أعتقني على كذا ، فأجابه إليه ، أو قال : مَنْ عليه القصاص : صالحي على كذا ، فقال المستحق : صالحتك عليه . وقيل بطرد العاريقين في كل هذه العقود كالنكاح . وأما الكتابة فكالمعنى ، وقيل : كالنكاح . هذا كله إذا كانت صيغته : تزوجني أو خاليني وأعتقني ونحوها . فلو قال الزوج : قل : زوجتكها ، قال الشيخ أبو محمد : ليس هو باستيجاب ، لأنه استدعى اللفظ دون التزويج ، فإذا تلفظ اقتضى القبول . ولو قال الولي أولاً :

تَزَوَّجْ ابْنِي ، فقال : تَزَوَّجْتُ ، فهو كما لو قال الزوج : زَوَّجْنِي ، فقال الولي :
زَوَّجْتُكَ ، هكذا قالوه . وقد حكينا عن بعضهم المنع في البيع ، ويمكن أن يقال
بمثله هنا . ولو قال : أَتَزَوَّجُنِي ابْنَتَكَ ؟ فقال الولي : زَوَّجْتُكَ ، لم ينعقد إلا أن
يقول الخاطب بعده : تَزَوَّجْتُ ، وكذا لو قال الولي : أَتَزَوَّجُ ابْنِي ، أو تَزَوَّجْتَهَا ؟
فقال : تَزَوَّجْتُ ، لا ينعقد ، إلا أن يقول الولي بعده : زَوَّجْتُكَ ، لأنه استفهام . ولو قال
المتوسِّط للولي : زَوَّجْتَهُ ابْنَتَكَ ؟ فقال : زَوَّجْتُ ، ثم أقبل على الزوج فقال :
قَبِلْتَ نِكَاحَهَا ؟ فقال : قَبِلْتُهُ ، صح على الأصح ، لوجود الإيجاب والقبول مترابطين ،
ومنه الفال ، لعدم التخاطب .

فرع

تشتط الموالاة بين الإيجاب والقبول على ماسبق في البيع . ونقل القاضي
أبو سعد الهروي : أن أصحابنا العراقيين اكتفوا بوقوع القبول في مجلس الإيجاب .
قلت : الصحيح ، اشتراط القبول على الفور ، فلا يضر الفصل اليسير ،
ويضر الطويل ، وهو ما أشعر بأعراضه عن القبول ، فهذا هو المعروف في طريقي العراق
وخراسان . وما ادعاه الهروي عن العراقيين جملة لا يُقْبَل ، والمشاعذة تدفعه ،
والدليل بطله ، فلا استقرار به . والله أعلم

فرع

إذا وُجد أحد شريكي العقد من أحد المأقدين ، فلا بد من إصراره عليه حتى
يوجد الشق الآخر ، فلو رجع عنه ، انقضا العقد . وكذلك لو أوجب ثم جنَّ

أو أغمي عليه ، لنا إيجابه ، وامتنع القبول . وكذا لو أذنت المرأة في تزويجها حيث يعتبر إذنها ، ثم أغمي عليها قبل العقد ، بطل إذنها .

فصل

النكاح لا يقبل التعليق ، كقوله : إذا جاء رأس الشهر ، فقد زوّجْتُكَ . فلو أخبر بمولود ، فقال لجليسه : إن كانت بنتاً ، فقد زوّجْتُكِها ، أو قال : إن كانت بنتي طلقها زوجها ، أو مات عنها وانقضت عدتها ، فقد زوّجْتُكِها ، أو لو كان تحته أربع نسوة ، فقال له رجل : إن كانت ماتت إحداهن فقد زوّجْتُكَ بنتي ، أو قال : إن مات أبي وورثتُ هذه الجارية ، فقد زوّجْتُكِها ، وبأن الأمر كما قدّر ، لم يصح النكاح على المذهب ، وبه قطع الأكثرون . وقيل : وجهان كمن باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً . قال البغوي : ولو بُشِّرَ بنت ، فقال : إن صدق الخبر فقد زوّجْتُكِها ، صح ، ولا يكون ذلك تعليقاً ، بل هو تحقيق ، كقوله : إن كنت زوجتي فانت طالق ، وتكون « إن » ، بمعنى « إذ » . قال : وكذا لو أخبر من له أربع نسوة بموت إحداهن ، فقال لرجل : إن صدق الخبر فقد تزوّجتُ ببتك ، فقال ذلك الرجل : زوّجْتُكِها ، صح ، وهذا الذي قاله البغوي ، يجب أن يكون مفروضاً فيما إذا تبين صدق الخبر ، وإلا ، فلفظ « إن » للتعليق .

فرع

قال : زوّجْتُكَ بنتي على أن تزوجني ببتك ، على أن يكون بُضْع كل واحدة صداقاً للأخرى ، فقبل الآخر ، أو قال : زوّجْتُكَ بنتي وتزوّجتُ ببتك أو أخذك ،

على أن يكون بضع كل واحدة صداقاً الأخرى ، فقال المخاطب : تزوّجتُ وزوجتُ على ما ذكرتُ ، فهذا نكاح الشغار ، وهو باطل ، للحديث الصحيح (١) ، ولعمري الاشتراك في البضع . وقال القفال : للتعليق والتوقف .

ولو قال كل واحد : زوّجتُك بنتي على أن تزوّجني بنتك ، وقيل الآخر ، ولم يجعل البضع صداقاً ، فوجهان . أصحها : الصحة ، لأنه ليس فيه إلا شرط عقد في عقد ، وذلك لا يفسد النكاح . فعلى هذا ، يصح النكاحان ، ولكل واحدة مهر المثل . والثاني : لا يصح لمعنى التعليق والتوقف . وخص الامام الوجهين بما إذا كانت الصيغة هذه ، ولم يذكر مهرأ ، وقطع بالصحة فيما لو قال : زوّجتُك بنتي بألف على أن تزوّجني بنتك ، وفيما قاله نظر .

فعلى الوجه الأول ، لو قال : زوّجتُك على أن تزوّجني بنتك ، وبضع بنتك صداق لبنتي ، فقيل ، صح الأول ، وبطل الثاني . ولو قال : وبضع بنتي صداق لبنتك ، بطل الأول ، وصح الثاني ، وهذا نظر إلى معنى التشريك . ولو سمّيا لهما أو لأحدهما مهرأ مع جمل البضع صداقاً ، بأن قال : زوّجتُك بنتي بألف على أن تزوّجني بنتك بألف ، وبضع كل واحدة صداق للأخرى ، أو قال : على أن تزوّجني بنتك ، وبضع كل واحدة صداق للأخرى ، أو قال : زوّجتُك بنتي على أن تزوّجني بنتك ويكون بضع كل واحدة وألف درهم صداقاً للأخرى ، فوجهان . أحدهما : وهو ظاهر نصه في « المختصر » : الصحة . وأصحها : البطлан ، وهو نصه في « الاملاء » .

(١) روى البخاري ومسلم في « صحيحهما » من عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار . والشغار : أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق .

فرع

قال : زوّجتك بنتي بتمّة جاريتك ، صح النكاح ، وفسد الصداق . ولو قال : زوّجتك جاريتي على أن تزوجني بنتك ، وتكون رقبة جاريتي صداقاً لبنتك ، قال ابن الصباغ : صح النكاحان ، لأنه لا تشريك فيما يرد عليه عقد النكاح ، ويفسد الصداق ، ويجب لكل واحدة مهر المثل ، ويحيى على معنى التعليق والتوقف أن يحكم بطلان النكاحين . ولو طلق امرأته على أن يزوجه صاحبه بنته ، ويكون بضع امرأته صداقاً لها ، وزوجه صاحبه على ذلك ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح ويفسد الصداق ؟ وجهان حكاهما ابن كج عن ابن القطان .

قلت : أفقهما : الثاني . والله أعلم

ولو طلق امرأته على أن يعتق صاحبه عبده ، ويكون طلاق امرأته عوضاً عن عتقه ، قال الخناطي : يقع الطلاق ولا رجوع بالمهر على أحد . وفي عتق العبد وجهان . إن عتق ، فلا رجوع بقيمته . وقال ابن كج : عندي يقع الطلاق ويحصل العتق ، ويرجع المطلق على المعتق بمهر امرأته ، والعتق على المطلق بقيمة عبده .

فصل

النكاح الموقّت باطل ، سواء قيده بمدة مجهولة أو معلومة ، وهو نكاح المتعة . وإذا وطئ في نكاح المتعة جاهلاً بفساده ، فلا حدّ . وإن علم ، فلا حدّ أيضاً على المذهب . وحيث لاحدّ ، يجب المهر والعدة ، ويثبت النسب .
ولو قال : نكحتنا متعة ، ولم يزد على هذا ، حكى الخناطي في صحة النكاح وجهين .

قلت : الأصح ، البطلان . والله أعلم

الركن الثاني : المنكوحة ، ويشترط خلوها من موانع النكاح . والكلام في الموانع مبسوط في مواضعها ، لاسيما « باب الموانع » ، فيقتصر هنا على عددٍ تراجمها . فمن الموانع أن تكون منكوحة أو معتدة عن غيره ، أو مطلقة بالثلاث مالم تحلل ، أو ملاءته ، أو مرتدة ، أو مجوسية ، أو وثنية ، أو زندية ، أو كناية دخلت في دينهم بعد مبعث رسول الله ﷺ أو بعد تبديلهم على الأظهر ، أو تكون أمةً والنكاح حر واجد طَوْلَ حرة ، أو غير خائف عتاً ، أو يكون بعضها أو كلها ملكاً للنكاح ، أو تكون محرماً له ، أو خامسة ، أو يكون في نكاحه أختها وغيرها ممن لا يجمع بينها وبينها ، أو تكون محرمةً بحج أو عمرة ، أو ثيباً صغيره ، أو تكون بتيمة لاجد لها .

فصل

يشترط في كل واحد من الزوجين أن يكون معيناً . فلو قال : زوّجتك إحدى بنتي ، أو زوجت بنتي أحداً ، أو أحد ابنيك ، لم يصح . ولو كان له بنت واحدة فقال : زوّجتك بنتي ، صح وإن لم يسمها . ولو كانت حاضرة فقال : زوّجتك هذه ، أو كانت في الدار فقال : زوّجتك التي في الدار ، وليس فيها غيرها ، صح .

ولو كان له بنت واحدة ، فقال : زوّجتك بنتي فلانة ، وسمّاها بغير اسمها ، صح النكاح على الأصح ، لأن البنّية صفة لازمة مميزة ، فاعتبرت ولغا الاسم ، كما لو أشار إليها وسمّاها بغير اسمها ، فإنه يصح قطعاً . وقد يمنع هذه الصورة القائل الآخر ، والأصح

الصحة فيها ، حتى لو قال : زوجتك هذا الغلام ، وأشار إلى بنته ، نقل الروياني عن الأصحاب صحة النكاح ، تمويلًا على الإشارة .

ولو قال : بتك داري هذه ، وحددها وغلط في حدودها ، صح البيع ، بخلاف ما لو قال : بتك الدار التي في المحلة الفلانية ، وحددها وغلط ، لأن التمويل هنا على الإشارة . ولو قال : بتك داري ، ولم يقل : هذه ، وحددها وغلط ، ولم يكن له دار سواها ، وجب أن يصح تقريباً على الأصح في قوله : زوجتك بنتي فلانة وغلط في اسمها .

وأما إذا كان اسم بنته [الواحدة] فاطمة ، فقال : زوجتك فاطمة ، ولم يقل : بنتي ، فلا يصح النكاح لكثرة الفواطم ، لكن [لو] نواها ، صح . كذا قال به المراقبون والبغوي ، واعترض ابن الصباغ بأن الشهادة شرط ، والشهود لا يطلعون على النية ، وهذا قوي ، ولهذا الأصل منمنى النكاح بالكنايات .

ولو كان له بنتان فصاعداً ، اشترط تمييز المنكوحة باسم أو إشارة أو صفة ، كقوله : فاطمة ، أو هذه ، أو الكبرى . قال المكتفون بالنية : أو بأن ينوي واحدة بسنها وإن لم يجز لفظ يميز .

ولو قال : بنتي الكبرى وسماها باسم الصغرى ، صح النكاح على الكبرى على الوصف . ويجيء على قياس الوجه المذكور في الواحدة أن يبطل النكاح . وإذا لم يتعرض للكبر والصغر ، بل قال : زوجتك بنتي فلانة ، وذكر اسم الكبيرة وقصد تزويجه الصغرى ، أو بالعكس ، وقصد الزوج التي قصدها الولي ، صح النكاح على التي قصدها ، ولقت التسمية . وفي الاعتماد على النية الاشكال السابق . ولو قال الزوج : قصداً الكبيرة ، فالنكاح في الظاهر منعقد على الكبيرة . وإن صدق الولي

في أنه قصد الصغيرة ، لم يصح ، لأنه قبيل غير ما أوجب ، هكذا ذكره
العراقيون والبنغوي المتبرون للنية ، وهذا يخالف مسألة منقولة ، وهي أن زيدا
خطب إلى قوم ، وعمراً إلى آخرين ، ثم جاء زيد إلى الآخرين ، وعمرو
إلى الأولين ، وزوج كل فريق من جاءه ، قال ابن القطان : وقعت في أيام
أبي السائب ينعقد ، فأقضى الفقهاء بصحة النكاحين ، ومعلوم أن كل ولي أوجب
لغير من قبيل .

قلت : ليست هذه المسألة مثلها ، والفرق أظهر من أن يذكر .
ومن فروع المسألة . زوّج رجل رجلاً إحدى بنتيه ، فمات الأب ، وادّعت كل
واحدة عليه أنها زوجته ، أو ادعى هو على إحدهما ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى
في الباب الثاني عشر . والله أعلم

الركن الثالث : الشهادة ، فلا ينعقد النكاح إلا بحضرة رجلين مسلمين مكلفين
حرين عدلين سميعين بصيرين متيقظين عارفين لسان المتعاقدين . وقيل : يصح
بالأعميين ، وحكى أبو الحسن العبادي رحمه الله وجهاً أنه ينعقد بمن لا يعرف لسان
المتعاقدين ، لأنه ينقله إلى الحاكم . وأما المغفل الذي لا يضبط ، فلا ينعقد به ، وبنعقد
من يحفظ وينسى عن قريب .

وفي الآخرس وذو الحرفة الدنيئة ، والصباغ ، والصائغ ، وجهان . وفي عدوئي
الزوجين أو أحدهما ، أوجه . أصحها عند البنغوي وهو المنصوص في د الأم ، :
الانعقاد . والثالث : ينعقد بمدوي أحدهما دون عدوئها ، واختاره العراقيون .

وفي ابنيها وابني أحدهما وابنه وابنها هذه الأوجه . وقيل : يختص الخلاف بهذه الصورة ، وينعقد في المدوّن قطعاً ، لأن المداوة قد تزول .

وقيل : ينعقد بابنيها وعدوّه دون ابنه وعدوّه ، لأنه محتاج إلى الإثبات دونها ، ويجري الخلاف في جده وجدها ، وأبيه مع جدّها .

وأما أبوها ، فولّي عاقد ، فلا يكون شاهداً . ولو وكلّ ، لم ينعقد بحضوره ، لأن الوكيل نائبه ، وكذا لو وكلّ غير الأب وحضر مع شاهد آخر ، لم ينعقد . قال البغوي في « الفتاوى » : لو كان لها إخوة ، فزوج أحدهم ، وحضر آخران منهم شاهدين ، ففي صحة النكاح جوابان . وجه المنع : أن الشرع جعل المباشر نائباً عن الباقيين فيما توجه عليهم .

قلت : الراجح منها ، الصحة . قال أصحابنا : وينعقد بحضرة ابنه مع ابنيها ، أو عدوّه مع عدوّه بلا خلاف ، لا مكان لإثبات شقيقته . والله أعلم

فرع

ينعقد النكاح بشهادة المستورين على الصحيح . وقال الاصطخري : لا . والمستور : من عرفت عدالته ظاهراً ، لا باطناً . وقال البغوي : لا ينعقد بمن لا تعرف عدالته ظاهراً ، وهذا كأنه مصور فيمن لا يعرف إسلامه ، وإلا ، فظاهر من حال المسلم الاحتراز من أسباب الفسق .

قلت : الحق ، قول البغوي ، وأن مراده من لا يعرف ظاهره بالعدالة ، وقد صرح

البغوي بهذا، وقاله شيخه القاضي حسين ، ونقله إبراهيم المروزي عن القاضي ولم يذكر غيره . والله أعلم

ولا ينعقد بمن لا يظهر إسلامه وحرية ، بأن يكون في موضع يختلط فيه المسلمون بالكفار والأحرار بالعبيد ولا غالب . وتردد الشيخ أبو محمد في مستور الحرية ، والصحيح الأول ، بل لا يكتفى بظاهر الإسلام والحرية بالدار حتى يعرف حاله فيها باطناً . هذا مقتضى كلام البغوي وغيره ، وفرقوا بأن الحرية يسهل الوقوف عليها ، بخلاف المدالة والفسق . ولو أخبر عدلٌ بفسق المستور ، فهل يزول الستر فلا ينعقد بحضوره ، وإن زال فيسلك به مسلك الرواية ؟ أم يقال : هو شهادة فلا يقدح الالقول من يجرح عند القاضي ؟ تردد فيها الامام .

قلت : لو ترفع الزوجان إلى حاكم ، وأفرا بشكاح عقد بمستورين ، واختصما في حق زوجته ، كنفقة ونحوها ، حكم بينهما ، ولا ينظر في حال الشاهدين إلا أن يعلم فسقها فلا يحكم . فان جحد أحدهما النكاح ، فأقام المدعي مستورين ، لم يحكم بصحته ولا فساد ، بل يتوقف حتى يعلم باطنها ، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره . والله أعلم

فرع

لو بان الشاهد فاسقاً حال العقد ، فالنكاح باطل على المذهب ، كما لو بان كافراً أو عبداً ، وإنما يتبين الفسق بينة أو بتصادق الزوجين أنها كانتا فاسقين ولم نعلمها ، أو نسينا فسقها . فأما لو قال : علمنا [فسقها] حينئذٍ ، أو علمه أحدهما ، فقال الامام : تتبين البطلان بلا خلاف ، لأنها لم يكونا مستورين عند الزوجين ، وعليها التعويل ،

ولا اعتبار بقول الشاهدين: كنا فاسقين يومئذٍ ، كما لا اعتبار بقولها : كنا فاسقين بعد الحكم بشهادتهما ، وكذا لو تقارن الزوجان أن النكاح وقع في الاحرام أو المدة أو الردة ، تبين بطلانه ، ولا مهر إلا إذا كان دخل بها ، فيجب مهر المثل . فلو نكحها بعد ذلك ، ملك ثلاث طلقات . ولو اعترف الزوج بشيء من ذلك وأنكرت ، لم يقبل قوله عليها في المهر ، فيجب نصف المسمى إن كان قبل الدخول ، وكله إن كان بعده ، ويفرق بينهما بقوله . وفي سبيل هذا التفريق خلاف . قال أصحاب القفال : هو طلاقه بانه ، فلو نكحها يوماً ، عادت بطلانها . قالوا : وهذا مأخوذ من نص الشافعي رضي الله عنه ، أنه لو نكح أمة ، ثم قال : نكحتها وأنا واجد طول حرة ، بانت بطلقة . وعن الشيخ أبي حامد والمراقين : أنها فُرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق ، كما لو أقر الزوج بالرضاع . وإلى هذا مال الامام ، والغزالي ، وهؤلاء أنكروا نصه في مسألة الأمة ، ولأنكاره وجه ظاهر ، لأنه نص في عيون المسائل ، أنه إذا نكح أمة ، ثم قال : نكحتها وأنا أجد طولاً ، فصدقه مولاها ، فسخ النكاح بلا مهر ، فإن كان دخل ، فعليه مهر مثلها . وإن كذبه ، فسخ النكاح بإقراره ، ولم يصدق على المهر ، دخل أم لم يدخل . هذا لفظه وهو يوافق قول المراقين . قلت : الأصح أو الصحيح ، قول المراقين . وحكى العراقيون وجهاً : أنه يقبل قوله في المهر ، فلا يلزمه . وعلى هذا قالوا : إن كان اعترافه قبل الدخول ، فلا شيء عليه . وإن كان بعده ، فعليه أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل ، ولا خلاف أنها إذا ماتت لا يرثها . وإن مات قبلها ، فإن قلنا : القول قوله ولم يكن حلف ، فيحلف وارثه : لا يعلمه تزوجها بشهادة عدلين ، ولا يرث لها . وإن قلنا : القول قولها ، حلفت أنه عقد بعدلين وورثت . ولو قالت : عقدنا بفاسقين ، فقال : بل بعدلين . فأبى يقبل ؟ وجهان . الأصح : قوله . فإن مات ، لم ترثه ، وإن مات

أو طلقها قبل الدخول ، فلا مهر ، لانكارها ، وبعد الدخول لها أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل . والله أعلم

فرع

استنابة المستورين قبل العقد ، احتياط واستظهار ، وتوبة المعلن بالفسق حينئذ ، هل تلحقه بالمستور ؟ فيه تردد للشيخ أبي محمد . والأصح : المنع . فان ألحقنا فماد إلى فجوره على قرب ، قال الامام : فالظاهر أن تلك التوبة تكون ساقطة ، قال : وفيه احتمال .

فرع

الاحتياط ، الاشهاد على رضى المرأة حيث يشترط رضاها ، لكنه ليس بشرط في صحة النكاح .

قلت : ومن مسائل الفصل ، أنه لا يشترط إحضار الشاهدين ، بل إذا حضرا بأنفسهما ، وسما الايجاب والقبول ، صح وإن لم يسمعا الصداق . ولو عقد بشهادة خنئين ، ثم بانا رجلين ، قال القاضي أبو الفتوح : احتمل أن يكون في انعقاده وجهان بناءً على ما لو صلّى رجل خلفه فبان رجلاً . هذا كلامه . والانعقاد هنا هو الأصح ، لأن عدم جزم النية يؤثر في الصلاة . والله أعلم

الركن الرابع : الماقدان ، وهما الموجب ، والقابل . فالقابل : هو الزوج ومن ينوب عنه . والموجب : هو الولي أو وكيله ، ولا تصح عبارة المرأة في النكاح إيجاباً وقبولاً . فلاتزوج نفسها باذن الولي ولا بنير إذنه ، ولا غيرها ، لا بولاية ولا وكالة ، [ولا يقبل النكاح لا بولاية ولا وكالة] . ولو وكل بنته بأن توكل رجلاً بتزويجها ، فوكلت ، نظر ، إن قال : وكلي عن نفسك ، لم يصح . وإن قال : وكلي عني ، أو أطلق ، فوجهان .

فرع

روى يونس بن عبد الأعلى ، أن الشافعي رضي الله عنه قال : إذا كان في الرفقة امرأة لا ولي لها ، فوئت أمرها رجلاً حتى يزوجه ، جاز ، وليس هذا قولاً في صحة النكاح بلا ولي ، لأن أبا عاصم العبادي حكى هذا النص في طبقات الفقهاء ، ثم ذكر أن من أصحابنا من أنكروه ، ومنهم من قبله ، وقال : إنه تحكيم ، والمحكم قام مقام الحاكم .

قلت : ذكر صاحب « الحاوي » ، فيما إذا كانت امرأة في موضع ليس فيه ولي ولا حاكم ، ثلاثة أوجه . أحدها : لاتزوج . والثاني : تزوج نفسها للضرورة . والثالث : تولي أمرها رجلاً يزوجه . وحكى الشافعي أن صاحب « المهذب » كان يقول في هذا : تحكمتم فقيهاً مجتهداً ، وهذا الذي ذكره في التحكيم صحيح بناءً على الأظهر في جوازه في النكاح ، ولكن شرط الحكم أن يكون صالحاً للقضاء ، وهذا يعتبر في مثل هذه الحال . فالذي نختاره ، صحة النكاح إذا ولت أمرها عدلاً وإن لم يكن مجتهداً ، وهو ظاهر نصه الذي نقله يونس ، وهو ثقة . والله أعلم

فرع

إذا وطئ في نكاح بلا ولي ، وجب مهر المثل ، ولاحد سواء صدر ممن
يعتقد تحريمه أو إباحته باجتهاد أو تقليد أو حسابان مجرد ، لشبهة اختلاف العلماء ،
ولكن معتقد التحريم يمزّر . وقال الاصطخري وأبو بكر الفارسي والصيرفي : بمحد
معتقد التحريم ، ولا مهر ، وهو ضعيف . ولو رفع النكاح بلاولي إلى قاضٍ يصححه ،
فحكم بصحته ، ثم رفع إلينا ، لم ننقض قضاءه على الصحيح . وقال الاصطخري :
ننقضه ، ولو طلق فيه ، لم يقع ، فلو طلق ثلاثاً ، لم يفتقر إلى محلل . وقال أبو إسحاق :
يقع ويفتقر إلى محلل احتياطاً للابضاع ، وهذا كوجهين ذكرهما أبو الحسن العبادي
عن القفال ، أنها إذا زوجت نفسها ، هل للولي أن يزوجها قبل تفريق القاضي بينهما؟
قال : وبأنه أجب القفال الشاشي ، لأنها في حكم الفرائش ، وهو تخريج ابن سريج .

فرع

إذا أقرت حرة مكلفة بالنكاح ، فقولان . الجديد الأظهر : يقبل إقرارها
مع تصديق الزوج بلايئة ، لأن النكاح حقها ، ثبت بتصادقها ، كالبيع وغيره ،
ولا فرق على هذا بين البكر والثيب ، ولا بين الغربيين والبلديين . والقديم : أنها
إن كانتا غربيين ، ثبت النكاح ، وإلا ، طولياً باليئة ، لسهولتها عليهما ، وللاحتياط ،
فعلى الجديد : هـر يكفي إطلاق الإقرار ، أم يشترط أن يفصل فيقول : زوجني به
ولي بحضرة شاهدين عدلين ورضاي ؟ إن كانت معتبرة الرضى ، وجهان . أصحها :
الثاني . ثم إذا أقرت وكذبها الولي ، فثلاثة أوجه . أصحها : يحكم بقولها ، لأنها

تقره على نفسها ، قاله ابن الحداد والشيخ أبو علي . والثاني : لا ، لأنها كالقرة على الولي ، قاله القفال ، والثالث : يفرق بين العفيفة والفاسقة ، قاله القاضي حسين . ولا فرق في هذا الخلاف بين أن تفصل الاقرار وتضيف التزويج إلى الولي فيكذبها ، وبين أن تطلق إذا قبلنا الاقرار المطلق فقال الولي : لا ولي لك غيري ، وما زوجتكَ . ويجري الخلاف أيضاً في تكذيب الشاهدين إذا كانت قد عينتها . والأصح : أنه لا يقدح تكذيبها ، لاحتمال النسيان والكذب . فان قلنا : تكذيب الولي يمنع قبول إقرارها ، فكان غائباً ، لم ينتظر حضوره ، بل تسلم إلى الزوج في الحال للضرورة ، فان عاد وكذبها ، فهل يحال بينها لزوال الضرورة ، أم يستدام ؟ وجهان ، رجح الغزالي الأول ، وغيره الثاني .

وإذا قلنا بالقديم ، فجرى الاقرار في الغربة ، ثم رجعا إلى الوطن ، ففي الحوالة بينها الوجهان . قال الامام : ولا شك أنه لو قضى قاضٍ بالاقرار ، لم ينقض .

فرع

أقر الولي بانكاحها ، إن كان له إنشاء النكاح المقر به عند الاقرار بغير رضاها ، قبل إقراره ، لقدرة على الانشاء . وحكى الحناطي وجهاً أنه لا يقبل حتى توافقه البالغة . والصحيح الأول . وإن لم يكن له الانشاء بغير رضاها ، لكونه غير مجبر ، أو الحال غير حال الاجبار ، أو الزوج ليس بكفٍّ ، لم يقبل إقراره . ولو قال وهي ثيب : كنت زوجتها في بكارتها ، لم يقبل ، واعتبر وقت الاقرار ، كذا أطلقه الامام ، وهو الظاهر . ويمكن جمعه على الخلاف فيما لو أقر مريض لوارثه بهبة في الصحة .

فرع

أقرت لزوج ، وأقر وليها المقبول إقراره لآخر ، فهل المقبول إقراره ، أم إقرارها ؟
فيه وجهان حكاهما أبو الحسن العبادي والحلي عن القفال الشاشي والأودني .

فرع

قال الخاطب لولي المرأة : زوّجت نفسي ببتك ، فقبل ، قال المتولي : يبني
انعقاد النكاح على أن كل واحد من الزوجين معقود عليه لأن بقاءهما شرط إبقاء
العقد كالموضين في البيع ، أم المعقود عليه المرأة فقط لأن العوض من جهته المهر
لأنفسه ، ولأنه لا حبر عليه في نكاح غيرها معها ؟ فيه خلاف . فعلى الثاني :
لا ينعقد . وعلى الأول : وجهان . قال أبو عاصم وأبو سهل الأيوبردي : ينعقد
كما لو أضاف إليها ، ومنعه القاضي حسين ، لأنه غير معهود .

الباب الرابع في بيان الأولياء وأحكامهم

وفيه ثمانية أطراف .

[الطرف] الأول : في أسباب الولاية ، وهي أربعة .

[السبب] الأول : الأبوة ، وفي معناها الجدودة ، وهي أقوى الأسباب ، لكمال
الشفقة ، فلأب تزويج البكر الصغيرة والكبيرة بغير إذنهما ، ويستحب استئذان

البالغة . ولو أجبرها ، صح النكاح . فلو كان بين الأب وبينها عداوة ظاهرة ، قال ابن كج : ليس له إجبارها ، وكذا نقله الحناطي عن ابن المزيان ، قال : ويحتمل جوازه . فأما الثيب ، فلا يزوجه الأب إلاً بانها في حال البلوغ ، والجد كالأب في كل هذا ، وحكى الحناطي قولاً : أن الجد لا يمجّر البكر البالغة ، واختاره ابن القاص وأبو الطيب بن سلمة ، والمشهور الأول .

وسواء حصلت الثيوبة بوطء محترم أو زناً . وحكي عن القديم : أن المصابة بالزنا كالبكر . والمذهب الاول ، ولو زالت بكارتها بسقطة ، أو أصبع ، أو حدة الطمث ، أو طول التمنيس ، أو وطئت في دبرها ، فبكر على الصحيح . ولو وطئت مجنونة ، أو مكروهة ، أو فائئة ، فثيب على الصحيح . ولو خطب البكر رجل ، فتمتع أبوها ، فذهبت وزوجت نفسها به ، ثم زوجها الأب غيره بغير إذنها ، إن كان الاول لم يطأها ، صح تزويج الاب ، وإلا ، فلا ، لانها ثيب بوطء شبهة .

قلت : إنما يصح تزويج الاب ، إذا لم يكن حكم بصحة نكاحها بنفسها حنفي ونحوه . والله أعلم

فرع

إذا التمس البكر البالغة التزويج وقد خطبها كفاء ، لزم الاب والجد إجابتها ، فإن امتنع ، زوجها السلطان . وفي وجه : لالتزمه الاجابة ، ولا يأنم بالامتناع ، لان الفرض يحصل بتزويج السلطان ، وهو ضيف . ولو التمس صغيرة بلفت إمكان الشهوة ، قال بعضهم : لزمه إجابتها .

قلت : هذا ضعيف . والله أعلم

فرع

عينت كفاءاً ، وأراد الأب تزويجها بكفءٍ آخر ، كان له ذلك على الأصح .
قلت : قال الشافعي رضي الله عنه : أمتحب للأب أن لا يزوّج البكر حتى تبلغ
ويستأذنها . قال الصيمري : فإن قاربت البلوغ ، وأراد تزويجها ، استحب أن يرسل إليها
ثقات ينظرون مافي نفسها . قال الصيمري : ولو خلقت المرأة بلا بكاراة ، فهي بكر .
ولو ادعت البكاراة أو الثيوبه ، فقطع الصيمري وصاحب « الحاوي » : بأن القول
قولها ، ولا يكشف حالها ، لأنها أعلم .

قال صاحب « الحاوي » : ولا تسأل عن الوطاء ، ولا يشترط أن يكون لها
زوج . قال الشاشي : وفي هذا نظر ، لأنها ربما أذهبت بكارتها بأصبعها ، فله أن
يسألها . فإن اتهمها ، حلفها . والله أعلم

السبب الثاني : عصبية من على حاشية النسب ، كالأخ والعم وبنيتها ، فلا تزوج
بها الصغيرة بكراً كانت أو ثيباً .

وأما البالغة ، فإن كانت ثيباً ، فلم يزوجها بأذنها الصريح . وإن زوجت بغير
رضاها ، لم ينقذ . وإن كانت بكراً ، فلم يزوجها إذا استأذنها . وهل بكفي
سكوتهما ، أم يشترط صريح نطقها ؟ وجهان . أصحهما : الأول . وحي وجه :
أنه لا حاجة للاستئذان أصلاً ، بل إذا عقد بين يديها ولم تنكر ، كان رضى .
والصحيح الاشتراط . وإذا اكتفينا بالسكوت ، حصل الرضى ، ضحكت ، أم بكت ،
إلا إذا بكت مع الصياح وضرب الخد ، فلا يكون رضى .

وإذا أراد الأب تزويج البكر بغير كف ، فاستأذنها ، فهل يكفي السكوت ؟
فيه الوجهان .

قلت : ونقل الرافعي في آخر « كتاب النكاح » عن فتاوى القاضي حسين
الجزم بصحة النكاح إذا استأذنها ولي في تزويجها بغير كف فسكت . قال صاحب
« البيان » : قال أصحابنا المتأخرون : إذا استأذن الولي البكر في أن يزوجه بغير نقد البلد ،
أو بأقل من مهر المثل ، لم يكن سكوتها إذناً في ذلك . والله أعلم

فرع

قال : أزوجك بشخص ؟ فسكت ، قال بعض المتأخرين : الأليق بمذهبنا أنه
لا يكون رضى ، لأن الرضى بالمجهول لا يتصور .
ولك أن تقول : هذا يخرج على أنه يشترط تعيين الزوج في الاذن . والأصح
أنه ليس بشرط ، فلا يضر الجهل إذا اكتفينا بالسكوت .
قلت : هذا الذي أورده الرافعي ، هو الصواب . والله أعلم

فرع

قال : أيجوز أن أزوجك ؟ فقالت : لم لا يجوز ؟ أو قال : أتأذنين ؟ فقالت :
لم لا آذن ؟ حكى بعضهم : أنه ليس باذن ، ولك أن تقول : هذا مشعر برضاها ،
فهو أولى من سكوتها .
قلت : المختار أنه إذن . والله أعلم

فرع

قالت : وكلتك بتزويجي ، فالذي لقيناهم من الأئمة لا يمدونه إذناً ، لأن توكيل المرأة في النكاح باطل ، لكن المسألة غير مسطورة ، ويجوز أن يعتد به إذناً ، كما إذا فسدت الوكالة ، نفذ التصرف بالاذن .

قلت : هذا عجب من الامام الرافعي ، والمسألة منصوطة للشافعي . قال صاحب « البيان » : يجوز للمرأة أن تأذن لوليها غير المحبر بلفظ [الاذن] ، ويجوز بلفظ الوكالة ، نص عليه الشافعي رحمه الله ، لأن المعنى فيها واحد ، فهذا هو الصواب نقلاً ودليلاً . ولو أذنت له ، ثم رجعت ، لم يصح تزويجها ، كالوكل إذا عزل الوكيل ، فإن زوجها الولي بعد العزل قبل العلم ، ففي صحته وجهان بناءً على بيع الوكيل .
والله أعلم

فرع

في « فتاوى » البغوي : أن التي يعتبر لإذنها في تزويجها إذا قالت لوليها وهي في نكاح أو عتة : أذنت لك في تزويجي إذا فارقت زوجي أو انقضت عدتي ، فينبغي أن يصح الاذن ، كما لو قال الولي للوكيل : زوج بني إذا فارقتها زوجها أو انقضت عدتها . وفي هذا التوكيل وجه ضعيف : أنه لا يصح ، وقد سبق في الوكالة . وفيها أنه لو قيل للبكر : رضيت بما تفعله أمك ؟ وهي تعرف أنهم يعنون النكاح ، فقالت : رضيت ، لم يكن إذناً ، لأن الأم لا تمقد ، بخلاف ما لو قالت : رضيت بما يفعل الولي . ولو قالت : رضيت بالتزويج بمن تختاره أمي ، جاز . ولو قالت :

رضيتُ إن رضيت أُمي ، لا يجوز. ولو قالت : رضيت إن رضي ولي . فإن أرادت التعليق ، لم يجز . وإن أرادت : لني رضيت بما يفعله الولي ، كان إذناً . وفيها : لو أذنت في التزويج بألف ، ثم قيل لها عند المقد : بخمسائة ، فسكتت وهي بكر ، كان سكوتها إذناً في تزويجها بخمسائة . ولو قيل ذلك لأُمها وهي حاضرة ، فسكتت ، لم يكن إذناً .

السبب الثالث : الاعتاق ، فالمتق وعصبته يزوجون كالأخ .

السبب الرابع : السلطنة ، فيزوج السلطان بالولاية العامة البوائغ باذنهن ، ولا يزوج الصغار . ثم السلطان يزوج في مواضع . أحدها : عدم الولي الخاص . الثاني : عند غيبته . الثالث : عند إرادته تزوجها لنفسه . الرابع : عَصْنُهُ ، فإذا عضلها وليها بقرابة أو إعتاق ، واحداً كان ، أو جماعة مستوين ، زوجها السلطان . وهل تزويجه في هذا الحال بالولاية ، أم النيابة عن الولي ؟ وجهان حكاهما الامام فيه وفي جميع صور تزويج السلطان مع وجود أهلية الولي الخاص . ثم إنما يحصل المضل إذا دعت البالغة العاقلة إلى تزويجها بكفٍّ فلمتنع . فأما إذا دعت إلى غير كفٍّ ، فله الامتناع ، ولا يكون عضلاً . وإذا حصلت الكفاءة ، فليس له الامتناع لنقصان المهر ، لأنه محض حق . ولا بد من ثبوت المضل عند الحاكم لزوجها . قال البغوي : ولا يمتنع المضل حتى يتنعم بين يدي القاضي . وللعريان - بحضر الخطيب والمرء والولي ، ويأمره القاضي بالتزويج فيقول : لأفعل ، أو يسكت ، فحينئذ يزوجه القاضي . وكان هذا فيما إذا تسر إحضاره عند القاضي . فأما إذا تعذر بتعذر أو توار ، فيجب أن يجوز الاثبات بالبيئة كسائر الحقوق . وفي تعليق الشيخ أبي حامد ما يدل عليه . وعند الحضور لأمضى للبيئة ، فانه إن زوج ، وإلا فظل .

فرع

سيأتي خلاف في أن السيد بزواج أمته بالملك ، أم بالولاية ؟ إن قلنا: بالولاية، صارت الأسباب خمسة .

الطرف الثاني : في ترتيب الأولياء ، فتقدم جهة القرابة ، ثم الولاء ، ثم السلطنة. ويقدم من القرابة الأب ، ثم أبوه ، ثم أبوه ، إلى حيث ينتهي ، ثم الأخ من الأبوين ، أو من الأب ، ثم ابنه وإن سفل ، ثم العم من الأبوين ، أو من الأب ، ثم ابنه وإن سفل ، ثم سائر المصبات . والترتيب في التزويج ، كالترتيب في الارث ، إلا في مسائل .
إحداها : الجد يقدم على الأخ هنا .

[المسألة الثانية : الأخ للأبوين يقدم على الأخ للأب في الارث ، وهنا قولان .
أظهرهما وهو الجديد : يقدم أيضاً . والقديم : يستويان ، ويجري القولان في ابني الأخ والعميين وابني العم إذا كان أحدهما من الابوين والآخر من الاب .
ولو كان ابنا عم أحدهما أخوها من الام ، أو ابنا ابن عم أحدهما ابنا ، فقال الامام : هما سواء . وطرد الجمهور القولين وقالوا : الجديد : يقدم الاخ والابن . ولو كان ابنا عم أحدهما من الابوين ، والآخر من الاب ، لكنه أخوها من الام ، فالثاني هو الولي ، لانه يدلي بالجد والام ، والاول بالجد والجد . ولو كان ابنا ابن عم أحدهما ابنا ، والآخر أخوها من الام ، فالابن هو المقدم ، لانه أقرب . ولو كان ابنا معتق أحدهما ابنا ، فهو المقدم ، وبه قال ابن الحداد ، لكنه ذكر في التفريع أنه لو أراد المعتقد نكاح عتيقته وله ابن منها وابن من غيرها لانها تستحق الحرية بسببه ، وزوجه ابنته منها دون ابنه من غيرها ، وهذا غلط عند جمهور الاصحاب ، لان ابن المعتقد لا يزوج في حياة المعتقد ، وإنما يزوجه السلطان ، وإنما يزوج

ابن المعتق بدموته . وهذا كله على الجديد . وأما على القديم ، فيسومى بينهما في الصور .
قلت : ولو كان ابنا عم أحدهما معتق ، فعلى القولين ، أو ابنا عم أحدهما
خال ، فهما سواء بلا خلاف . والله أعلم

[المسألة] الثالثة : الابن لا يزوج بالبنوة ، فان شاركها في نسب كابن هو
ابن ابن عمها ، فله الولاية بذلك . وكذا إن كان معتقاً أو قاضياً ، أو تولدت قرابة من
أنكحة المجوس ، أو وطء الشبهة ، بان كان ابنها أخاها ، أو ابن أخيها ، أو ابن عمها ،
ولاتمعه البنوة التزويج بالجهة الاخرى .

فصل

وأما الولاء ، فمن لاعصبة لها بنسب ، وعليها ولاء ، فينظر ، إن اعتقها رجل ،
فولاية تزويجها له . فان لم يكن بصفة الولاية ، فلعصباته ، ثم لمعتقه ، ثم لعصبات معتقه ،
وهكذا على ترتيبهم في الارث . وترتيب عصبات المعتق في التزويج ، كترتيب عصبات
النسب ، إلا في ثلاث مسائل .

إحداها : جدّها أولى من أخيها ، وفي جد المعتق وأخيه قولان كارتها بالولاء .
أظهرهما : تقديم الاخ . والثاني : يستويان . ولو اجتمع جد المعتق وابن أخيه ، فان
قدمنا الاخ على الجد ، قدمنا ابنة ، وإلا فيقدم الجد . وقد حكينا في الارث تفرعاً
على هذا القول وجهاً أنها يستويان ، فيجوز أن يطرد هنا .

[المسألة] الثانية : ابن المرأة لا يزوجها ، وابن المعتق يزوج ، وبقدم على
أبيه ، لان التعصيب له .

[المسألة] الثالثة : إذا اجتمع أخو المعتق لابويه وأخوه لابيه ، فالذهب

القطع بتقديم الاخ للأبوين . وقيل بطرد القولين كالنسب . وقيل : يستويات قطعاً . أما إذا كان المعتق امرأة ، فلا ولاية لها ، لعدم أهليتها ، فإن كانت حية ، فوجهان . أحدهما قاله صاحب « التلخيص » : بزواجها السلطان . والصحيح أنه يزوجه من يزوج معتقها ، فيزوجها أبو المعتقة ثم جدها على ترتيب الاولياء ، ولا يزوجه ابن المعتقة ، وبشترط في تزويجها رضاها ، ولا يشترط رضى المعتقة على الاصح ، إذ لا ولاية لها . وقيل : يشترط ، فإن عضلت ، ناب السلطان عنها في الاذن ، وزوج الولي .

فإن كانت المعتقة ميتة ، زوجها من له الولاء من عصبات المعتقة ، ويقدم الابن على الاب . وتعود الصور المذكورة في مفارقتهم عصبات النسب فيما إذا كان المعتق رجلاً . وحكي وجه : أن الاب يقدم على الابن بعد موت المعتقة ، ووجه : أن الابن يقدم على الاب في حياتها ، وهما شاذان .

فرع

متى اجتمع عدد من عصبات المعتق في درجة ، كالبنين والاخوة ، فهم كالاخوة في النسب . فإذا زوجها أحدهم برضاها ، صح ، ولا يشترط رضى الآخرين . ولو أعتق الامة اثنان ، اشترط رضاها ، فيوكلان ، أو يوكل أحدهما الآخر ، أو يباشران العقد معاً . ولو أراد أحد المعتقين أن يتزوجها ، اشترط موافقة السلطان للآخر . ولو مات أحدهما عن ابنين أو أخوين ، كفى موافقة أحدهما للمعتق الآخر . ولو مات كل منهما عن ابنين ، كفى موافقة أحد ابني هذا أحد ابني ذلك . ولو مات أحدهما ووارثه الآخر ، استقل بتزويجها .

فرع

كان المعتق خنثى مشكلاً ، ينبغي أن يزوجه أبوه باذنه ، فيكون ولياً أو وكيلاً
إن كان الخنثى ذكراً .

فصل

فيمن بعضها حر ، خمسة أوجه . أصحابها : بزوجه مالك البعض ومعه وليها
القريب . فإن لم يكن ، فمعتق بعضها ، وإلا ، فالسلطان . والثاني : يكون معه
معتق البعض . والثالث : معه السلطان . والرابع : يستقل مالك البعض . والخامس :
لا يجوز تزويجها أصلاً ، لضعف الملك والولاية بالتبويض .
الطرف الثالث : في موانع الولاية ، وهي خمسة .

[المانع الأول : الرق ، فلا ولاية لرقيق ، ويجوز أن يتوكل لغيره في قبول
النكاح باذن سيده قطعاً ، وبغير إذنه على الأصح ، ولا يصح توكيله في الإيجاب
على الأصح عند الجمهور . وقد سبق هذا في الوكالة .

[المانع الثاني : ما يسلب النظر والبحث عن حال الزوج ، وفيه صور ست .
إحداها : الصبا والجنون المطبق ينمان الولاية وينقلانها إلى الأبعد . وفي الجنون
المنقطع وجهان . أصحابها : أنه كالمطبق ، وزوجه الأبعد يوم جنونه ، لبطان أهليته .
والثاني : لا يزبل ولايته كالانغماء ، فعلى هذا ينتظر حتى يفيق على الصحيح .
وقيل : يزوجه الحاكم كالغيبية ، والخلاف جارٍ في الثيب المنقطع جنونها . فعلى رأيي :
تزوج في حال جنونها . وعلى رأيي : ينتظر إفاقتها لتأذن . ولو دل هذا الولي في
إفاقتها ، اشترط عقد وكيله قبل عود الجنون ، وكذا إذا أذنت ائيب ، بشرط

تقدم المقد على عود الجنون . قال الامام: وإذا قصرت نوبة الافاقة جداً ، لم تكن الحال حال تقطع ، لأن السكون اليسير لا بد منه مع إطباق الجنون . ولو أفاق، وبقيت آثار خبل يحمل مثلها بمن لا يمتريه الجنون على حدة في الخلق ، فهل تعود ولايته ، أم يستدام حكم الجنون إلى أن يصفو من الخبل ؟ فيه وجهان .

قلت : لعل الثاني أصح . والله أعلم

الصورة الثانية : اختلال النظر لهرم أو خبل جيبليّ أو عارض ، يمنع الولاية وينقلها إلى الأبد ، والحجر بالفلس لا يمنعها ، وبالسفه يمنعها على المذهب . وقيل : وجهان .

قلت : وحكى الشاشي في الفلس وجهاً . والله أعلم

[الصورة] الثالثة : الاغماء الذي لا يدوم غالباً ، فهو كالنوم ، ينتظر إفاقته ، ولا يزوج غيره . وإن كان مابدوم يوماً أو يومين فأكثر ، فوجهان . أحدهما : نقل الولاية إلى الأبد كالجنون . وأصحابها : المنع . فعلى هذا ، قال البغوي وغيره : تنتظر إفاقته كالنائم . وقال الامام : ينبغي أن تعتبر مدته بالسفر . فإن كانت مدة يعتبر فيها لمن الولي الغائب وتقطع المسافة ذهاباً ورجوعاً ، انتظرت إفاقته بالولاية ، فيزوج الحاكم ، ويرجع في معرفة مدته إلى أهل الخبرة .

[الصورة] الرابعة : السكران الذي سقط تمييزه بالكلية كلامه لنو . فإن بقي له تمييز ونظر ، فالذهب أنه لا يزوج ، وتنتظر إفاقته .

[الصورة] الخامسة : الأسقام والآلام الشاغلة عن النظر ومعرفة المصلحة ، تمنع الولاية وتنقلها إلى الأبد ، نص عليه ، وأخذ به الأصحاب .

[الصورة] السادسة : الأعمى أن يتزوج قطعاً ، وله أن يزوج على الأصح . ويجري الخلاف في ولاية الأخرس الذي له كتابة أو إشارة مفهومة . وقيل : يزوج قطعاً . فإن لم تكن مفهومة ، فلا ولاية له .

المساع الثالث : الفسق فيه سبع طرق . أشهرها : في ولاية الفاسق قولان ، وقيل بالمتع قطعاً . وقيل : يلي قطعاً . وقيل : يلي المحبر فقط . وقيل : عكسه ، لأنه لا يستقل . وقيل : يلي غير الفاسق بشرب الخمر . وقيل : يلي المستتر بفسقه دون العلن . وأما الراجح ، فالظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه : منع ولاية الفاسق ، وأفتى أكثر المتأخرين بأنه يلي ، لاسيما الخراسانيون ، واختاره الروياني .

قلت : الذي رجحه الرافعي في المحرر ، : منع ولايته . واستفتي الغزالي فيه فقال : إن كان بحيث لو سلبناه الولاية لانتقلت إلى حاكم يرتكب ما يفسقه ، وليّ ، وإلا ، فلا . وهذا الذي قاله حسن ، وينبغي أن يكون العمل به .

والله أعلم

فرع

قال القاضي حسين والشيخ أبو علي وغيرهما : ولاية الفاسق لمال ولده على الخلاف في ولاية النكاح بلا فرق . وقطع غيرهم بالمتع ، وهو المذهب .

فرع

سبق أن الإمام الأعظم لا يمزّل بالفسق على الصحيح ، وحيثئذ في تزويجه

بناته وبنات غيره بالولاية العامة وجهان ، تقريباً على أن الفاسق لا يلي . أحدهما : المنع
كغيره ، ويزوجهن مَنْ دونه من الولاة والحكام . وأصحها : أنه يزوج ، تفخيماً
لشأنه ، ولهذا لم يحكم بانزاله .

فرع

إذا تاب الفاسق ، قال البغوي في هذا الباب : له التزويج في الحال ، ولا يشترط
مضي مدة الاستبراء . والقياس الظاهر وهو المذكور في الشهادات : اعتبار الاستبراء ،
لعود الولاية حيث يعتبر لقبول الشهادة ، وسنفصله إن شاء الله تعالى .

فرع

للفاسق أن يتزوج لنفسه على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وفي تعليق الشيخ
ملكداذ القزويني ، عن القاضي أبي سعد وجه : أنه ليس له التزويج إذا قلنا : لا يلي .

فرع

إذا قلنا : الفاسق لا يلي ، فالولاية للأبعد على الصحيح ، وبه قطع الجمهور . وحكى
الحناطي وجهاً : أنها للسلطان . ثم الفسق إنما يتحقق بارتكاب كبيرة ، أو إصرار على
صغيرة ، وليس المضل من الكبائر ، وإنما يفسق به إذا عضل مرات أقلها - فيما حكى
بعضهم - ثلاث ، وحينئذٍ فالولاية للأبعد .

فرع

إذا قلنا : الفاسق لا يلي ، ففي أصحاب الحِرَافِ الدنيئة وجهان .

قلت : المذهب القطع بثبوت ولايتهم ، قاله البغوي وغيره . والله أعلم

المانع الرابع : اختلاف الدين ، فلا يزوّج المسلمة قريبها الكافر ، بل يزوّجها الأبعد من أولياء النسب أو الولاء ، وإلا ، فالسلطان . ولا يزوّج الكافرة قريبها المسلم ، بل يزوّجها الأبعد الكافر . فإن لم يكن ، زوّجها قاضي المسلمين بالولاية العامة ، فإن لم يكن هناك قاضٍ للمسلمين ، فحكي الامام عن إشارة صاحب « التقریب » : أنه يجوز للمسلم قبول نكاحها من قاضيتهم . والمذهب المنع .

وهل يزوّج اليهودي* النصرانية ؟ يمكن أن يلحق بالارت ، ويمكن أن يمنع . ثم الكافر إنما يلي تزويج قريبته الكافرة إذا كان لا يرتكب محرماً في دينه ، فإن ارتكبه ، فتزويجه إياها كتزويج المسلم الفاسق بنته . وعن الحلبي أن الكافر لا يلي التزويج ، وأن المسلم إذا أراد تزوج ذمية ، زوجه بها القاضي . والصحيح أنه يلي .

فرع

في « فتاوى » البغوي : أنه يجوز أن يوكل نصرانياً أو مجوسياً في قبول نكاح نصرانية ، ولا يجوز في قبول نكاح مسلمة ، ويجوز توكيل النصراني مسلماً في قبول نكاح نصرانية ، ولا يجوز في قبول نكاح مجوسية ، لأن المسلم لا يجوز له

نكاحها [بحال] ، بخلاف توكيل الماسر موسراً في تزوج أمة ، فانه جائز ، لأنه يستبيحها في الجملة .

فرع

المرتد لا ولاية له على مسلمة ولامرتدة ولاغيرها من الكافرات .

قلت : لا يزوج مسلم كافرة إلا السلطان والسيد على الأصح وإذا زوّج أمة موليته ، ولا يزوج كافر مسلمة إلا [أمته و] أم ولده على وجه ، قاله الفوراني .

والله أعلم

المانع الخامس : الاحرام . فاحرام أحد العاقلين أو المرأة يمنع انعقاد النكاح . وقيل : إن كان العاقد الامام أو القاضي ، فله التزويج ، لقوة ولايتها . والصحيح المنع . وفي تأثير الاحرام وجهان . أحدهما : سلب الولاية ونقلها إلى الأبعد ، كالجنون . وأصحها : أنه مجرد الامتناع دون زوال الولاية ، بقاء الرشد والنظر ، فعلى هذا ، يزوجها السلطان كما لو غاب . وسواء الاحرام بالحج أو العمرة ، والصحيح والفاسد ، [وقيل : لا يمنع الفاسد] ، وينعقد بشهادة المحرم على الصحيح ، وخالف الاصطخري . وتصح الرجعة في الاحرام على الأصح .

ومن فاته الحج ، هل يصح نكاحه قبل التحلل بعمل عمرة ؟ فيه وجهان حكاهما الحناطي .

قلت : الصحيح المنع ، لأنه محرم . والله أعلم

فرع

إذا وكل حلال حلالاً في التزويج ، ثم أحرم أحدهما ، أو المرأة ، ففي انزال الوكيل وجهان . أصحها : لا ينزل ، فيزوج بعد التحلل بالوكالة السابقة ، وليس للوكيل الحلال أن يزوج قبل تحلل الموكل . هذا هو المعروف في المذهب ، ونقل الغزالي في « الوجيز » فيه وجهاً ، ولم أره لغيره ولا له في « الوسيط » . ولو وكله في حال إحرام الوكيل أو الموكل أو المرأة ، نظر ، إن وكله ليمقد في الإحرام ، لم يصح . وإن قال : تزوج بعد التحلل ، أو أطلق ، صح ، لأن الإحرام يمنع الانقضاء دون الإذن . ومن ألحق الإحرام بالجنون ، لم يصححه .

ولو قال : إذا حصل التحلل فقد وكلتك ، فهذا تعليق للوكالة ، وقد سبق الخلاف فيه . وإذن المرأة في حال إحرامها على التفصيل المذكور في التوكيل . ولو وكل حلال محرماً ليوكّل حلالاً بالتزويج ، صح على الأصح ، لأنه سفير محض ليس إليه من المقد شيء .

واعلم أن وكيل المصلي يزوج ، بخلاف وكيل المحرم ، لأن عبارة المحرم غير صحيحة ، وعبارة المصلي صحيحة . حتى لو زوجها في صلاته ناسياً ، صح النكاح والصلاة .

فصل

إذا لم يكن الولي الأقرب حاضراً ، نظر ، إن كان مفقوداً لا يعرف مكانه ولا موته وحياته ، زوجها السلطان ، لتمنّئ نكاحها من جهته . وإن انتهى الأمر إلى غاية يحكم القاضي فيها بموته وقسم ماله بين ورثته . على ما سبق في الفرائض . انتقلت

الولاية إلى الأبد . وإن عرف مكان الثائب ، فإن كان على مسافة القصر ، زوجها
السلطان ، ولايزوجها الأبد . وقيل : يزوج الأبد . وعن القاضي أبي حامد : إن
كان من الملوك وكبار الناس ، اشترط مراجعته ، وإن كان من التجار وأوساط
الناس ، فلا . والصحيح الأول . وإن كانت دون مسافة القصر ، فأوجه .
أحدها : كالطويلة ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » . وأصحها : لاتزوج حتى يراجع
فيحضر أو يوكّل ، نص عليه في « الاملاء » .

والثالث : إن كان بحيث يتمكن الابتكر إليه من الرجوع إلى منزله قبل الليل ،
اشترطت مراجعته ، وإلا ، فلا .

فرع

عن الشافعي رضي الله عنه : أن السلطان لايزوج مَنْ تدعي غيبة وليها حتى
يشهد شاهدان أنه ليس لها ولي حاضر ، وأنها خلية عن النكاح والمدة . فقيل :
هذا واجب . وقيل : مستحب .

قلت : الأصح أنه مستحب ، وبه قطع إبراهيم المروزي ، ذكره في آخره كتاب الطلاق .

والله أعلم

فملى هذا ، لو ألحّت في المطالبة ، ورأى السلطان التأخير ، فهل له ذلك ؟ وجهان ،
ولايقبل في هذا إلاّ شهادة مطلع على باطن أحوالها . وإن كان الولي الغائب ممّن
لايزوّج إلاّ باذن ، فقالت : ما أذنت له ، فللقاضي تحليفها على نفي الاذن .

قلت : قال النزالي : وللقاضي تحليفها أن وليها لم يزوجها في الغيبة إن رأى ذلك . ومثل هذه اليمين التي لا تنطق بدعوى ، هل هي مستحبة ، أم واجبة ؟ وجهان . والله أعلم

فرع

إذا غاب الولي الأقرب الغيبة المعتبرة ، فالأولى للقاضي أن يأذن للأبعد أن يزوج ، أو يستأذنه ليزوج القاضي .

فرع

في « فتاوى » البغوي : أن القاضي إذا زوّج من غاب وليها ، ثم قدّم وليها بعد العقد ، بحيث يعلم أنه كان قريباً من البلد عند العقد ، لم يصح النكاح . الطرف الرابع : في تولّي طرفي العقد ، فيه مسائل .

أحداها : هل يتولى الجد طرفي تزويج بنت ابنه الصغيرة أو الكبيرة بابن ابن آخر مولى عليه ؟ فيه وجهان . اختار ابن الحداد والقفال وابن الصباغ الجواز ، وصاحب « التلخيص » وجماعة من المتأخرين المنع .

قلت : قال الرافعي في « المحرر » : رجح المتأخرون الجواز . والله أعلم

فإن جوزنا ، اشترط الاتيان بشيئتي الإيجاب والقبول على الأصح . وقيل : يكفي أحدهما . وإن منعنا ، فإن كانت بالغة ، زوّجها السلطان باذنها ، ويقبل الجد لابن . وإن كانت صغيرة ، وجب الصبر إلى أن تبلغ فتأذن ، أو يبلغ الصغير فيقبل ،

كذا حكاة الشيخ أبو علي وغيره . وذكر الامام تفریباً على المنع : أنه یرفع إلى السلطان لیتولی أحد الطرفين . قال : ثم یحتمل أن یتخیر منها ، ویحتمل أن یقال : یأتي بما یرتدیه الولی ، وهذا مفروض فیما إذا كانت الولاية بسبب الجنون ، وإلا ، فغیر الاب والجد لایزوج الصغیر ولا الصغیرة .

[المسألة] الثانية : للمم تزویج بنت أخیه بابنه البالغ ، ولابن المم تزویجها بابنه على المذهب فیها . هذا إذا أطلقت الاذن وجوزناه . فان عینته فی الاذن ، جاز قطعاً ، لانتفاء التهمة .

وإن زوجها بابنه الطفل ، لم یصح على المذهب ، لانه نکاح لم یحضره أربعة ، وليس له قوة الحدود .

[المسألة] الثالثة : إذا كان الولی ممن یجوز له نکاحها ، كابن المم ، والمعتق ، والقاضي ، وأراد نکاحها ، لم تجز تولیة الطرفين ، ولكن یزوج ابن المم من فی درجته ، فان لم یکن ، فالقاضي . وإن كان الراغب القاضي ، وزوجه والٍ فوقه ، أو خرج إلى قاضي بلد آخر ، أو یرتد فی من یزوجه إن كان له الاستخلاف . وإن كان الراغب الامام الاعظم ، وزوجه بعض قضاته . هذا هو الصحیح . وفي الامام وجه مشهور : أنه یتولی الطرفين . وفي القاضي وابن المم وجه أبعد ، ویجیء مثله فی المعتق . وحكي الوجه فی القاضي عن أبي یحیی البلخي . ولو أراد أحد هؤلاء تزویجها بابنه الصغیر ، فكف نفسه . وحيث جوزنا لنفسه ، فذلك إذا سمته فی إذهنها . فان أطلقت ، وجوزنا الاطلاق ، فوجهان حکاهما الحناطی . وفي « فتاوى » البغوي : أنه لو أراد نکاح بنت عمه وهو ولیها ، وهو غائب عنها ، وزوجه به قاضي بلد المرأة ، لا قاضي بلد الرجل .

[المسألة] الرابعة : هنی منمناه تولی الطرفين ، فوكل فی أحدهما ، أو وكل

شخصين فيها ، لم يصح على الاصح ، لان فعل الوكيل فعل الوكل . وقيل : يصح ، لوجود العدد . وقيل : يجوز للجد ، اتمام ولايته من الطرفين . ولو وكّل الولي رجلاً ، ووكله الخاطب ، أو وكّله في تزويجه لنفسه ، فتولى الطرفين ، لم يصح على الصحيح .

[المسألة] الخامسة : زوج أمته بعبده الصغير ، وجوزنا له إجباره ، فهو كتولي الجد طرفيه .

[المسألة] السادسة : ابنا عمّ ، أحدهما لآب ، والآخر لابوين ، أراد الاول نكاحها ، يزوجه الثاني ، وإن أراد الثاني وقلنا : هما سواء ، زوجة الاول ، وإلا ، فالقاضي .

[المسألة] السابعة : قالت لابن عمها أو معتمها : زوجني ، أو زوجني من شئت ، ليس للقاضي تزويجه بها بهذا الاذن ، لان المفهوم منه التزويج بأجنبي . وإن قالت : زوجني نفسك ، حكى البغوي عن بعض الاصحاب : أنه يجوز للقاضي تزويجه بإياها . قال : وعندي لا يجوز ، لأنها إنما أذنت له ، لا للقاضي .

قلت : الصواب الجواز ، لان معناه : فوض إلى من بزوجه إياي . والله أعلم

الطرف الخامس : في التوكيل ، التوكيل بالتزويج جائز . فان كان الولي مجبراً ، فله التوكيل بغير إذنهما على الصحيح . وقيل : يشترط إذنهما ، حكاه الخناطي والقاضي أبو حامد . فعلى هذا ، إن كانت صغيرة ، امتنع التوكيل . فعلى الصحيح : إذا وكّل لا يشترط تعيين الزوج على الأظهر . ولو أذنت الثيب في النكاح أو البكر لغير الأب والجد ، ففي اشتراط التعيين القولان . وقيل : لا يشترط قطعاً ، لأن الولي يعتني بدفع العار عن النسب ، بخلاف الوكيل . قال الامام : وظاهر كلام

الأصحاب يقتضي طرد الخلاف وإن رضيت بترك الكفاءة ، لكن القياس تخصيصه بمن لم ترض . فأمّا من أسقطت الكفاءة ، فلا معنى لاشتراط التمين فيها . وإذا جوزنا التوكيل المطلق ، فعلى الوكيل رعاية النظر . فلو زوج لغير كفٍّ ، لم يصح على الصحيح . وحكى ابن كج وجهاً : أنه يصح ، ولها الخيار . فإن كانت صغيرة ، خيّرت عند البلوغ .

ولو خطب كفّان ، وأحدهما أشرف ، فزوّج الآخر ، لم يصح . وإذا جوزنا الاذن المطلق ، فقالت : زوجني ممن شئت ، فهل له تزويجها غير كفٍّ ؟ وجهان ، أحدهما عند الامام والسرخسي وغيرهما : نعم ، كما لو قالت : زوجني ممن شئت كفّاءً كان أو غيره . هذا كله إذا كان الولي مجبراً . فإن كان غير مجبر ، لكونه غير الأب والجد ، أو كانت ثيباً ، ففيه صور .

إحداها : قالت : زوجني ووكل ، فله كل واحد منها .

الثانية : نهت عن التوكيل ، لا يوكل .

الثالثة : قالت : وكل بتزويجي واقتصرت عليه ، فله التوكيل . وهل له أن يزوج بنفسه ؟ وجهان . أحدهما : نعم .

الرابعة : قالت : أذنتُ لك في تزويجي ، فله التوكيل على الأصح ، لأنه متصرف بالولاية . ولو وكّل من غير مراجعتها واستئذانها بالكلية ، لم يصح على الصحيح ، لأنه لا يملك التزويج بنفسه حينئذٍ . والثاني : يصح . فعلى هذا ، يستأذن الولي أو الوكيل الولي ، ثم يزوج . ولا يجوز أن يستأذن لنفسه . ثم إذا وكّل غير المحبر بعد إذن المرأة ، فهل يشترط تعيين الزوج إن أطلقت الاذن ؟ وجهان كما في توكيل المحبر .

قال الامام : وإذا عينت زوجاً ، سواء شرطنا تعيينها ، أم لا ، فليذكره الولي

للوكيل . فان لم يفعل وزوج الوكيل غيره ، لم يصح . وكذا لو زوجه ، لم يصح على الظاهر ، لأن التفويض المطلق - مع أن المطلوب معين - فاسد . وهذا كما لو قال الولي للوكيل : بع مال الطفل بالعين ، فباع بالقبطة ، لم يصح .

فرع

قالت : أذنت لك في تزويجي ، ولا تزوجني بنفسك ، قال الامام : قال الأصحاب : لا يصح هذا الاذن ، لأنها منعت الولي ، وجعلت التفويض للأجنبي ، فأشبهه الاذن للأجنبي ابتداءً .

فرع

في « فتاوى » البغوي : أنه إذا لم يكن ولي سوى الحاكم ، فأمر قبل أن يستأذنها رجلاً بتزويجها ، فزوجه الرجل باذنها ، هل يصح النكاح ؟ يبني على أن استئابة القاضي في شغل معين - كتحليف وسماع شهادة - يجري مجرى الاستخلاف ، أم لا ؟ إن قلنا : نعم ، جاز قبل استئذانها ، وصح النكاح ، وإلا ، فلا يصح على الأصح ، كتوكيل الولي قبل الاذن .

فصل

في بيان لفظ الوكيل في عقد النكاح

فيقول وكيل الولي للزوج : زوجتُك بنت فلان . فان كان الوكيل للزوج ، قال الولي : زوجت بنتي فلاناً ، فيقول وكيله : قبلت نكاحها له . فلو لم يقل :

« له » ، فعلى الخلاف السابق إذا قال الزوج : « قبلت » ، ولم يقل : « نكاحها » ، ولو قال الولي لوكيل الزوج : زوجت بنتي لك ، فقال : قبلت نكاحها لفلان ، لم ينمقد . وإن قال : قبلت نكاحها ، وقع العقد للوكيل ، ولم ينصرف إلى الموكل بالنية . ولو جرى النكاح بين وكيلين ، فقال وكيل الولي : زوجت فلانة فلاناً ، فقال وكيل الزوج : قبلت نكاحها لفلان ، صح . وفي البيع يجوز أن يقول البائع لوكيل المشتري : بمك ، ويقول الوكيل : اشتريت وينوي موكله ، فيقع العقد للموكل وإن لم يسمه . وفرقوا بينهما بوجهين . أحدهما : أن الزوجين كالثمن والمثمن ، ولابد من تسميتها . الثاني : أن البيع يرد على المال ، وهو قابل للنقل من شخص إلى شخص ، والنكاح يرد على البضع ، وهو لا يقبل النقل ، ولهذا لو قبل النكاح لزيد بوكالة ، فأنكرها زيد ، لم يصح العقد . ولو اشترى لزيد ، فأنكرها ، صح الشراء للوكيل . ولو قال وكيل الزوج أولاً : قبلت نكاح فلانة منك لفلان ، فقال وكيل الولي : زوجتها فلاناً ، جاز . ولو اقتصر على قوله : زوجتها ، ولم يقل : فلاناً ، فعلى الخلاف السابق .

فرع

إذا قبل الأب النكاح لابنه بالولاية ، فليقل الولي : زوجت فلانة بابنك ، فيقول الأب : قبلت نكاحها لابني .

فرع

كانت بنته مزوجة أو ممتدة ، فقال : إذا طلقت أو انقضت عدتها ، فقد

وكُلُّتُكَ بتزويجها ، فقولان ، كما لو قال : إذا مضت سنة ، فقد وكلتُكَ بتزويجها .
وهذا تفريع على أنه لو قال : وكُلُّتُكَ بتزويجها إذا طلقها ، يصح ، كقوله :
زَوَّجَهَا إذا مضت سنة . وفي وجه : لا يصح هذا التوكيل ، وقد سبق بيانها في الوكالة .

فرع

لا يشترط في التوكيل بالتزويج ذكر المهر ، لكن لو سمى قدرأ ، لم يصح
التزويج بدونه ، كما لو قال : زَوَّجَهَا في يوم كذا ، أو مكان ، فخالف الوكيل ، لا يصح .
ولو أطلق التوكيل ، فزَوَّجَ الوكيل بدون مهر المثل ، أو لم يتعرض للمهر ، أو نفاه ،
ففيه خلاف نذكره في آخر الباب الثاني من « كتاب الصداق » إن شاء الله تعالى .
ولو وكله بقبول نكاح امرأة ، وسمى مهرأ ، لم يصح القبول بما زاد عليه . وإن لم
يسم ، فليقبل نكاح امرأة تكافئه ، مهر المثل أو أقل . فان زَوَّجَ له من لا تكافئه ،
لم يصح . وقيل : إن قبل بأكثر من مهر المثل ، أو بغير نقد البلد ، أو بعين
من أعيان مال الموكل ، أو من مال نفسه ، فوجهان . أحدهما : يصح النكاح ،
وعلى الموكل مهر المثل من نقد البلد . والثاني : لا يصح ، كالبيع . هكذا فصل
المسألة البغوي .

ولك أن تتوقف في موضعين . أحدهما : تصحيح إطلاق التوكيل في قبول
نكاح امرأة ، لأنه لو وكله في شراء عبد ، اشترط بيان نوعه وتفصيله ، فالاشتراط
هنا أولى . الثاني : حكمه ببطان قبول من لا تكافئه ، لأننا سنذكر أن المولى أن
يزوج الصغير من لا تكافئه . وإذا جاز المولى ، فكذا للوكيل عند إطلاق التوكيل .

قلت : هذا الاعتراض الثاني قاسد ، كما لو اشترى الوكيل مبيعاً ، بخلاف قوة ولاية الأب . وفي الاعتراض الأول أيضاً نظر ، والراجع المختار مذكره البغوي .
والله أعلم

فرع

قال : اقبل لي نكاح فلانة على عبدك هذا ، ففعل ، صح النكاح . وفي العبد وجهان . أحدهما : لا تملكه المرأة ، بل على العبد مهر المثل . والثاني : تملكه . وهل هو قرض ، أم هبة ؟ وجهان .

الطوف السادس : فيما يلزم الولي . فإن كان مجبراً ، فقد ذكرنا أن عليه الإجابة إلى التزويج إذا طلبت . ويلزمه تزويج المجنونة والمجنون عند الحاجة بظهور أمارات الشؤقان ، أو بتوقُّع الشفاء عند إشارة الأطباء ، ولا يلزمه تزويج ولديه الصغير والصغيرة لعدم الحاجة . فلو ظهرت الغبطة في تزويجها ، ففي الوجوب احتمال للامام ، كما إذا طلب ماله بزيادة ، يجب البيع . والوجوب في الصغير أبعد ، للزوم المؤن . أما غير المجبر ، فإن تمين ، كأخ واحد ، لزمه الإجابة إذا طلبت كالمجبر ، ويمحيء فيه الخلاف المذكور هناك . وإن لم يمين كاخوة ، فطلبت من بعضهم ، وجبت على الأصح . ولو عضل الواحد أو الجمع ، زوج السلطان كما سبق .

فصل

إذا قبل الأب للصغير أو المجنون نكاحاً بصداق من مال الابن ، فإن كان عتيقاً ، فذاك ، ولا تطلق له بالأب . وإن كان دينياً ، فقولان . القديم : أن الأب يكون ضامناً

المهر بالمقد . والجديد : لا يكون ضامناً ، إلا أن يضمن صريحاً ، كما لو اشترى لطفله شيئاً . فان كان الثمن عليه ، لاعلى الأب ، قال ابن كج : القولان فيما إذا أطلق . فان شرطه على الابن ، فعلى الابن قطعاً .

ثم قال المراقبون وعامة الأصحاب : القولان إذا لم يكن للابن مال . فان كان ، فالأب غير ضامن قطعاً . وقيل بطرد القولين . فان قلنا بالجديد ، فببرع بالأداء ، لم يرجع ، وكذا الأجنبي . وإن ضمن صريحاً ، وغرم ، فقصد الرجوع هنا بمنزلة إذن المضمون عنه . فان ضمن بقصد الرجوع ، وغرم بقصد الرجوع ، رجع ، وإلا ، فعلى الخلاف المذكور في الضمان بغير الاذن . وإن ضمن بشرط براءة الأصيل ، قال القاضي حسين : إن لم نصحح الضمان بشرط براءة الأصيل ، فهذا ضمان فاسد شرط في الصداق . وقد سبق ذكر قولين في أن شرط الضمان الفاسد أو الرهن الفاسد في عقد هل يفسد العقد ؟ وإن صححنا الضمان بشرط براءة الأصيل ، فالشرط هنا فاسد ، لأنه لا دين في ذمة المعقود له . وإذا فسد الشرط ، ففي فساد الضمان وجهان سبقا في «الضمان» . فان قلنا بالقديم ، فغرم ، قال القاضي حسين والشيخ أبو علي : لا يرجع على الابن ، لانه غرم بالشرع ، كما لا ترجع العاقلة على الجاني . واعترض الامام فقال : المطالبة متوجهة على الابن ، بخلاف الجاني . فعلى هذا ، يرجع إن قصد الرجوع عند الاداء ، وبهذا قطع البغوي . ولو شرط الاب أن لا يكون ضامناً ، ومن القاضي : أنه يبطل العقد على القديم . قال الامام : وهذا وهم من المناقلين عنه ، فان النكاح لا يفسد بمثل ذلك ، والله قال : يبطل الشرط ويلزم الضمان .

فصل

يجب على الولي حفظ مال الصبي وصونه عن أسباب التلف ، وعليه استئناؤ
قدر ما لا تأكل النفقة والمؤن المال إن أمكن ذلك ، ولا تلزمه المبالغة في الاستئناء
وطلب النهاية . وإذا طلب متاعه بأكثر من ثمنه ، لزمه بيعه . ولو كان شيء يباع
بأقل من ثمنه ، وللطفل مال ، لزمه شراؤه إذا لم يرغب فيه لنفسه ، هكذا أطلقه
الامام والغزالي في الطرفين ، ويجب أن يتقيد ذلك بشرط الغبطة ، بل بالاموال
المعدة للتجارة . أما ما يحتاج إلى عينه ، فلا سبيل إلى بيعه وإن ظهر طاب بالزيادة .
وكذا العقار الذي يحصل منه كفايته . وكذلك في طرف الشراء قد يؤخذ الشيء
رخيصاً ، لكنه عرضة للتلف ، ولا يتيسر بيعه لقلّة الراغبين فيه ، فيصير كلاً على مالكه .
قلت : هذا الذي قاله الرافعي ، هو الصواب ، ولا يفتّر بما خالفه . والله أعلم

فرع

إذا تضجر الاب بحفظ مال الطفل والتصرف فيه ، رفع الامر إلى القاضي
لينصب قيثاً بأجرة ، وله أن ينصب بنفسه ، ذكره الامام . ولو طلب من القاضي
أن يثبت له أجرة على عمله ، فالذي يوافق كلام الجمهور : أنه لا يجيبه إليه غنياً
كان أو فقيراً ، إلا أنه إذا كان فقيراً ينقطع عن كسبه ، فله أن يأكل منه
بالمعروف كما سبق في «الحجر» ، وذكر الامام أن هذا هو الظاهر . قال : ويجوز
أن يقال : يثبت له أجرة ، لأن له أن يستأجر ، فجاز له طلبها لنفسه ، وبهذا الاحتمال
قطع الغزالي . وعلى هذا ، لا بد من تقدير القاضي ، وليس له الاستقلال به ،
وهذا إذا لم يكن هناك متبرع بالحفظ والعمل . فان وجد متبرع ، وطلب الاب الأجرة ،

فقد أشار الامام إلى وجهين أيضاً . الصحيح : أنه لا يثبتها له ، للاستثناء عنه .
والثاني : يثبتها ، لزيادة شفقتة ، كما تُقدّم الام في الرضاع على قولٍ على المتبرعة .
الطرف السابع : في خصال الكفاءة .

إحداها : التقي من العيوب المثبتة للخيار ، واستثنى البغوي منها التعنين وقال :
لا يتحقق ، فلا ينظر إليه . وفي تعليق الشيخ أبي حامد وغيره : التسوية بين التعنين
 وغيره ، وإطلاق الجمهور يوافقه . فمن به عيب ، ليس كفاءً لسليمةٍ منه ، وكذا
 إن كان بها ذلك [العيب] ، لكن ما به أفحش ، أو أكثر ، فليس بكفاءً . فان تساويا ،
 أو كان ما بها أكثر ، فوجهان بناءً على ثبوت الخيار في هذه الحالة ، ويجريان
 لو كان محبوباً وهي رتقاء ، وزاد الروياني على العيوب المثبتة للخيار العيوب المنفرة ،
 كالعمى ، والقطع ، وتشوّه الصورة . وقال : هي تمنع الكفاءة عندي ، وبه قال بعض
 الاصحاب ، واختاره الصيمري .

الثانية : الحرية ، فلا يكون رقيق كفاءً لحرّة أصليّة ولاعتيقة ، ولاعتيقٌ لأصليّة ،
 ولا من مس الرق أحد آبائه لمن لم يس أحداً من آبائها ، ولا من مس أباً أقرب في نسبه لمن
 مس أباً أبعد من نسبه . ويشبه أن يكون الرق في الامهات مؤثراً ، ولذلك تعلق به الولاء .
 قلت : المفهوم من كلام الاصحاب ، أن الرق في الامهات لا يؤثر كما سيأتي في
 «النسب» ، إن شاء الله تعالى . وقد صرح بهذا صاحب «البيان» ، فقال : من ولدته رقيقة
 كفاءً لمن ولدته عربيّة ، لانه يقع الاب في النسب . والله أعلم

الثالثة : النسب ، فالعجمي ليس كفاءً للعربية ، ولا غير الفرشي للقرشية ،
 ولا غير الهاشمي والمطلي للهاشمية أو المطلبية . وبنو هاشم وبنو المطلب أكفاء .
 وحكي وجه : أن قريشاً بعضهم أكفاء بعض ، ويعتبر النسب في المعجم كالعرب .
 وقال القفال والشيخ أبو عاصم : لا يعتبر ، لانهم لا يعتنون بحفظها وتدوينها . والاول أصح .

ومقتضاه الاعتبار فيمن سوى قريش من العرب أيضاً ، لكن ذكر ذاكرون أنهم أكفاء .

قلت : مقتضى كلام الأكثرين ، أن غير قريش من العرب بعضهم أكفاء بمص ، كما صرح به هؤلاء الجماعة . وذكر الشيخ إبراهيم المروذي ، أن غير كنانة ليسوا أكفاء لكنانة . ومما يتعلق بهذا ما حكاه في « البيان » عن الصيمري ، أنه قال : موالي قريش أكفاء لقريش ، وكذا موالي كل قبيلة أكفاء لها ، [قال] : وجمهور الأصحاب على أنهم ليسوا بأكفاء ، وهو الصحيح . والله أعلم

فرع

الاعتبار في النسب بالأب ، فمن أبوه عجمي وأمه عربية ، ليس بكف لمن أبوها عربي وأمها عجمية .

الرابعة: الدين والصلاح ، فمن أسلم بنفسه ، ليس كف لمن لها أبوان أو ثلاثة في الاسلام ، وقيل : كف ، وقيل : لا ينظر إلا إلى الأب الاول والثاني ، فمن له أبوان في الاسلام ، كف لمن لها عشرة آباء في الاسلام ، والاول أصح . والفاسق ليس بكف للعفيفة ، ولا تعتبر الشهرة ، بل من لا يشهر بالصلاح كف للشهورة به . وإذا لم يكن الفاسق كفاً للعفيفة ، فالابتدع أولى أن لا يكون كفاً للنسبية ، وقد نص عليه الروياني رحمه الله .

الخامسة : الحرفة . فأصحاب الحرف الدينية ليسوا أكفاء لغيرهم . فالكناس ،

والحجّام ، وقبّص الحمام ، والحارس ، والراعي ونحوهم ، لا يكافؤون بنت الخياط ،
والخياط لا يكافئ بنت تاجر أو بزّاز ، ولا المحترف بنت القاضي والعالم .
وذكر في « الحلية » أنه تراعى العادة في الحِرَف والصنائع ، لأن في بعض
البلاد التجارة أولى من الزراعة ، وفي بعضها بالعكس .

فرع

الحرفة الدنيئة في الآباء ، والاشتهار بالفسق ، مما يبيّر به الولد ، فيشبه أن يكون
حال من كان أبوه صاحب حرفة دنيئة ، أو مشهوراً بفسق ، مع من أبوها عدل ، كما ذكرنا
فيمن أسلم بنفسه مع من أبوها مسلم .
والحق أن يجمل النظر في حق الآباء ديناً وسيرة وحرفة من حيث النسب ،
فإن مفاخر الآباء ومثالبهم ، هي التي يدور عليها أمر النسب ، وهذا يؤكد اعتبار
النسب في المعجم . ويقضي أن لا تطلق الكفاة بين غير قریش من العرب .
السادسة : اليسار على وجه . والاصح : أنه غير معتبر . فإن اعتبرناه ،
فوجهان . أحدهما : أن المعتبر يسار بقدر المهر والنفقة ، فإذا أيسر به ، فهو كفء
لصاحبة الالوف . وأصحها : لا يكفي ذلك ، بل الناس أصناف ، غني ، وفقير ، ومتوسط ،
وكل صنف أكفأ وإن اختلفت المراتب . وفي « فتاوى » القاضي حسين : أنه لو زوّج
بنته البكر بمهر مثلاً رجلاً معسراً بغير رضاها ، لم يصح النكاح على المذهب ، لأنه
بخس حقها ، كتزويجها بغير كفء .

فرع

ليس من الخصال المبررة في الكفاءة الجمال وتقيضه ، لكن ذكر الروياني ،
أن الشيخ لا يكون كفاءاً للشابة على الاصح ، وأن الجاهل ليس كفاءاً للعالمة ،
وهذا فتح باب واسع .

قلت : الصحيح خلاف ما قاله الروياني . قال أصحابنا : وايس البخل والكرم
والطول والقصّر معتبراً . قال الصيمري : واعتبر قوم البلد ، فقالوا : ساكن مكة
والمدينة والبصرة والكوفة ، ليس كفاءاً لساكن الجبال ، قال : وهذا ليس بشيء .
والله اعلم

فرع

مقتضى كلام الجمهور ، أن خصال الكفاءة لا تقابل بعضها ببعض ، وقد صرح
به البغوي وأبو الفرج السرخسي ، حتى لا تزوج سليمة من العيوب دنيّة بمعيب نسب ،
ولا حرة فاسقة بعبد عفيف ، ولا عربية فاسقة بعجمي عفيف ، ولا رقيقة عفيفة بحرّ
فاسق ، وتكفي صفة النقص في المنع . وفصل الامام فقال : السلامة من العيوب
لا تقابل بسائر فضائل الزوج ، وكذا الحرية ، وكذا النسب .

وفي انجيار دناءة نسبه بمفته الظاهرة ، وجهان . أصحابنا : المنع ، قال : والتقي
من الحرف الدنيّة ، يقابله الصلاح وفاقاً . والصلاح إن اعتبرناه ، يقابل بكل خصلة ،
والأمة العربية بالحرّ العجمي على هذا الخلاف .

فرع

قال الامام والغزالي : لا اعتبار بالانتساب إلى عطاء الدنيا والظلمة المستولين على الرقاب وإن كان الناس قد يتفاخرون بهم ، وهذا الذي قاله ، لا يساعده كلام الثقلّة . وقد قال المتولي : للمعجم عرف في الكفاءة ، فيعتبر عرفهم .
واعلم أن صاحب « الشامل » نقل قولاً عن كتاب البويطي : أن الكفاءة في الدين وحده ، والمشهور ما سبق .

فصل

الكفاءة حق المرأة والولي واحداً كان أو جماعة مستونين في درجة . فإن زوّجها بغير كفٍّ وليّها المنفرد برضاها ، أو أحد الأولياء برضاها ورضى الباقيين ، صح النكاح ، فالكفاءة ليست شرطاً للصحة . وإذا زوّجها الولي الأقرب بغير كفٍّ برضاها ، لم يكن للأبعد الاعتراض . فلو كان الذي يلي أمرها السلطان ، فهل له تزويجها بغير كفٍّ إذا طلبته ؟ قولان أو وجهان . أصحابنا : المنع ، لأنه كالنائب ، فلا يترك الحظ . ولو زوجها أحد الأولياء بغير كفٍّ برضاها دون رضى الباقيين ، لم يصح على المذهب . وفي قول : يصح ، ولهم الخيار في فسخه . وقيل : يصح قطعاً . وقيل : لا يصح قطعاً . وإن زوجها أحدهم أو كلهم بغير رضاها ، وكانت قد أذنت في التزويج مطلقاً ، وقلنا : لا يشترط تعيين الزوج ، أو زوج الأب أو الجد البكر الصغيرة أو البالغة بغير كفٍّ بغير إذنها ، لم يصح على المذهب . وقيل : يصح . وقيل : إن علم الولي عدم الكفاءة ، فالنكاح باطل ، وإلا ، فصحيح . وإذا صححناه ، فللمرأة الخيار إن كانت بالغة ، وإن كانت صغيرة ، فإذا بلغت ، تخيّرت . وحكى الامام

وجهاً : أنها لا تتخير، وعليها الرضى بعقد الأب . وهل للولي الخيار في صغرهما ؟
وجهان . ورواهما القاضي أبو الطيب قوانين . أحدهما : نعم، كما لو اشترى للصغير
مميماً . والثاني : لا ، لأنه خيار شهوة . وهذا الخلاف فيما ذكره الحناطي والبنغوي
ورآه الامام مخصوص بما إذا جهل الولي حال الزوج ، فإن علم ، فلا خيار له .
وطرده ابن كج وآخرون في حالتي العلم والجهل ، وقالوا : ليس هو عاقداً انفسه حتى
يؤخذ بعلمه .

فرع

في « فتاوى » البنغوي : أنها لو أقرت بنكاح لغير كفٍّ ، فلا اعتراض للولي،
لأنه ليس بإنشاء عقد ، ولا يقبل قوله : « مارضيت » ، كما لو أقرت بالنكاح وأنكر الولي ،
لا يقبل إنكاره ، قال : ولو زوجت بوكالة، ثم أنكر الولي التوكيل والمرأة ساكتة،
فالقول قول الولي . فلو أقرت بالنكاح ، قبل قولها .

فرع

إذا زوج الأب ابنه الصغير بمن لا تكافئه ، نظر ، فإن كانت معيبة بعيب يثبت
الخيار ، ففي صحة النكاح الخلاف السابق في تزويج الصغيرة بغير كفٍّ . والمذهب :
أنه يصح . وقيل : لا يصح إنكاحه الرتقاء والقرناء قطعاً ، لأنه بذل مال في بضع
لا ينفع ، بخلاف تزويج الصغيرة بمحبوب . وإن زوجه أمة ، لم يصح ، لأنه لا يخاف
المت . وإن زوجه بمن لا تكافئه بجهة أخرى ، صح على الأصح ، إذ لا عار على
الرجل في استفراش من دونه . فإن صححنا ، فالتفريع كما سبق في الصغيرة .
وإن زوجه عمية ، أو عجوزاً ، أو مفقودة بعض الأطراف ، فوجهان . ويجب أن

يكون في تزويج الصغيرة بالأعمى والأقطع والشيخ الهيم الوجهان . وإن زوج المجنون أمة ، جاز إن كان ممسراً وخشي عليه العنت . وفي وجه : لا يجوز ، لأنه لا يخشى عليه وطء يوجب حداً أو إثمًا، وهو ضعيف . وإن كان النقص بسبب آخر ، فعلى ما ذكرنا في الصغيرة .

فرع

زوج بنته بخشي قد بان رجلاً ، أو ابنه بخشي قد بان امرأة ، فإن أثبتنا الخيار بهذا السبب ، فالخشي كالمجنون والمجنونة ، وإلا ، فكالأعمى . قلت : الخشي كالخشي في هذا ، قال البغوي : وكذا لو أذنت البالغة في التزويج مطلقاً فزواجها بخشي أو خشي . والله أعلم

فرع

للسيد أن يزوّج أمته برقيق ودنيء النسب ، ولا يزوجه من به عيب يثبت الخيار ، ولا من لا يكافئها بسبب آخر . فإن خالف ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح ولها الخيار ؟ فيه مثل الخلاف السابق . وفي وجه ضعيف : يصح بلا خيار . ولو زوجها بعميب برضاها ، لم يكن لها الامتناع من تمكينه ، وله بيعها بمن به بعض تلك العيوب . وهل لها الامتناع من تمكينه ؟ وجهان . قلت : قال المتولي : أصحها : يلزمها التمكين .

ومما يتعلق بالفصل ، لو زوّجها بعض الأولياء بكفٍّ بدون مهر النثل برضاها دون رضى بقية الأولياء ، صح قطعاً ، إذ لاحق لهم في المهر ، ولا عار . ولو طلبت

التزويج برجل ، وادعت كفاءته ، وقال الولي : ليس بكفء ، رفع إلى القاضي ، فان ثبتت كفاءته ، ألزمه تزويجها ، فان امتنع ، زوجها القاضي به ، وإن لم تثبت ، لم يلزمه تزويجها به . قال البغوي : ولو زوجها واحد برضاها ورضى الباقيين بغير كفء ، فاخلمت منه ، ثم زوجها أحدهم به برضاها دون إذن الباقيين ، فقبل : يصح قطعاً ، لأنهم رَضُوا به أولاً . وقيل : على الخلاف ، لأنه عقد جديد . ولو امتنعوا ، فلمهم ذلك بلا خلاف . قال : ولو استأذن الأب البكر البالغة في التزويج بغير كفء ، فسكت ، فهل يصح قطعاً ، أم يكون على الخلاف فيه طريقان . والمذهب : الصحة . وقد سبقت المسألة في أول الباب . قال الشافعي رحمه الله في « الاملاء » : لو زوّج أخته ، فمات الزوج ، فادعى وارثه أن الأخ زوّجها بغير رضاها ، وأنها لا ترث ، فقالت : زوّجني برضاي ، فالقول قولها وترث ، قال في « الاملاء » : وإن قال رجل : هذه زوجتي ، فسكت فمات ، ورثته ، وإن مات ، لم يرثها ، لأن إقراره يقبل عليه دونها . ولو أقرت بزوجة رجل ، فسكت فمات ، ورثها ، وإن مات ، لم ترثه . والله أعلم .

الطرف الثامن : في اجتماع الأولياء . فإذا اجتمعوا في درجة ، كالأخوة والاعمام وبنينهم ، استحب أن يزوجه أفضلمهم بالفقهاء أو الورع ، وأسنهم ، برضى الباقيين ، لأن هذا أجمع للمصلحة . ولو تعارضت هذه الخصال ، قدّم الأفقه ، ثم الأورع ، ثم الأسن . ولو زوّج غير الأسن والأفضل برضاها بكفء ، صح ، ولا اعتراض للباقيين . ولو تنازعوا ، وقال كل : أنا أزوج ، نظر ، إن تعدد الخاطب ، فالتزويج بمن رضاه المرأة ، فان رضى عنها جميعاً ، نظر القاضي في الأصح وأمر بتزويجها ، كذا ذكره البغوي وغيره . وإن اتحد الخاطب ، وتزاحموا على العقد ، أفرع بينهم ، فمن خرجت قرعته ، زوّجها ، فان بادر غيره فوزجها ، صح على الأصح . وقيل : لا يصح .

فعلى هذا ، هل يختص هذا الوجه بما إذا اقترعوا من غير ارتفاع إلى مجلس القاضي ، أم يختص بقرعة ينشئها القاضي ؟ فيه تردد للامام . هذا كله إذا أذنت لكل واحد على الانفراد ، أو قالت : أذنت في فلان ، فمن شاء من أوليائي فليزوجني به . ولو قالت : زوجوني ، اشترط اجتماعهم على الأصح . ولو قالت : رضيت أن أزوجه ، أو رضيت بفلان زوجاً ، فوجهان . أحدهما : ليس لأحد تزويجها ، لأنها لم تأذن لجميعهم إذناً عاماً ، ولا خاطبت واحداً ، فصار كقولها : رضيت أن يباع مالي . وأصحها : يصح ، ولكل واحد تزويجها ، لأنهم متمينون شرعاً ، والشرط رضاها وقد وجد . فعلى هذا ، لو عيّنت بعد ذلك واحداً ، ففي انعزال الباقيين وجهان . وقطع في « الرقم » بالانعزال ، وقطع البغوي بخلافه .

قلت : الأصح عدم الانعزال ، وغلط الشاشي من قال بالانعزال . والله أعلم

فصل

إذا أذنت لأحد الوليين أن يزوجه زيد ، وللآخر أن يزوجه بعمرو ، وأطلقت الأذن ، وصححناه ، فزوجه واحد زيدا ، وآخر عمراً ، أو وكل الولي المحير رجلاً ، فزوجه الولي زيدا ، والوكيل عمراً ، أو وكل رجلين ، فزوجه أحدهما زيدا ، والآخر عمراً ، فلهسألة خمس صور .

إحداها : أن يسبق أحد النكاحين ونمليه ، فهو الصحيح . والثاني باطل ، سواء دخل الثاني ، أم لا ، وإنما يعلم سبق البينة أو التصديق .

الثانية : أن يقعا معاً ، فباطلان . ولو اتحد الخاطب ، وأوجب كل واحد من الوليين النكاح له معاً ، صح على الصحيح ، ويتقوى كل واحد من الإيجابين بالآخر ،

وحكى العبادي عن القاضي وغيره : أنه لا يصح ، لانه ليس أحدهما أولى بالاعتبار ، فتدافعا .
الثالثة : إذا لم يعلم السبق والميئة ، وأمكنا ، فباطلان ، لان الاصل عدم الصحة ،
كذا أطلقه الجمهور ، ونقل الامام وغيره وجهاً : أنه لا بد من إنشاء فسخ ، لاحتمال السبق .
الرابعة : أن يسبق واحد معين ، ثم يخفى ، فيتوقف حتى يبين ، ولا يجوز
لواحد منها الاستمتاع بها ولا لثالث نكاحها ، إلا أن يطلقها ، أو يموتا ، أو يطلق
أحدهما ، أو يموت الآخر .

قلت : ولا بد من انقضاء عدتها بعد موت آخرهما . والله أعلم .

وطرد بعضهم في هذه الصورة القولين المذكورين في الصورة الخامسة ، وهو ضعيف .
الخامسة : إذا علم سبق أحدهما ، ولم يعلم عينه ، فباطلان على المنصوص ، وهو
المذهب ، كما لو احتمل السبق والميئة لتمذر الامضاء . وقيل : قولان ، أحدهما
هذا ، والثاني مخرّج من الجمعين في مثل هذه الصورة : أنه يتوقف كما في الصورة
الرابعة . فعلى المذهب ، هل يبطلان بلا فسخ ؟ أم لا بد من إنشاء فسخ ؟ فيه
الخلاف السابق في الصورة الثالثة ، فان شرطنا الانشاء ، ففيمن يفسخ أوجه . أصحها :
الحاكم أو المحكم إن جوزا التحكيم . والثاني : للمرأة الفسخ بغير مراجعة الحاكم .
والثالث : للزوجين الفسخ أيضاً . وحيث أبطلنا النكاحين ، فلا مهر ، إلا أن يوجد
دخول ، فيجب مهر المثل . وإذا أبطلنا عند احتمال السبق والميئة ، وفيما إذا سبق
أحدهما ولم يعلم ، فهل يبطل ظاهرأ وباطناً ، أم ظاهرأ فقط ؟ وجهان . فعلى الاول ،
لو ظهر وتعين السابق ببدن ، فلا زوجية . ولو نكحت ثالثاً ، فهي زوجة الثالث .
وإن قلنا بالثاني ، فالحكم بخلافه .

قلت : ينبغي أن يقال: الأصح : أنه إن جرى فسخ من الحاكم، انفسخ أيضاً باطلاً،
وإلا ، فلا . والله أعلم

فرع

إذا قلنا بالتوقف، فمات أحدهما ، وقفنا من تركته ميراث زوجته . ولو ماتت،
وقفنا ميراث زوج بينهما حتى يصطلحا أو يبين الحال ، وفي وجوب نفقتها في مدة
التوقف ومدة الحبس قبل الفسخ إذا قلنا به ، وجهان . أحدهما : لا ، لعدم
التمكين ، والأصل البراءة . والثاني : نعم، لصورة العقد وعدم الشوز مع حبسها .
والأول أصح عند الامام . وبالثاني قطع ابن كج . فان أوجبنا ، وزعت عليها .
فان تعين السابق ، رجع الآخر عليه بما أنفق . قال أبو عاصم : ويحتمل أن يقال:
لأنما يرجع إذا أنفق بغير إذن الحاكم ، وبهذا قطع ابن كج ، وأما المهر ، فلا يطالب
به واحد منهما .

فرع

جميع ماسبق ، هو فيما إذا تصادقوا في كيفية جريان العقد . أما إذا تنازعوا،
وادعى كل زوج سبقه ، وأنها زوجته ، فينظر ، إن لم يدّعيها عليها ، لم يعتبر قولها،
ولانسمع دعوى أحدهما على الآخر ، ولا يحلّف أحدهما الآخر . هكذا قاله الجمهور .
وقال الصيدلاني والعبادي في « الرقم » : يحلفان فلعله يظهر الحق . قال الامام :
هذا لا مجال له إن زعما علم المرأة بالحال ، بل تراجع هي . فان اعترفا بأنها
لم تعلم ، فهو محتمل وينقدح في البداءة تخيير القاضي أو الاقراع . فان حلفا

لَوْ نَكَلَّا ، فهو كما لو اعترفا بالاشكال . وإن حلف أحدهما فقط ، قضي له .
وإن ادعيا على المرأة ، فذاك ضربان . أحدهما : أن يدعيا علمها بالسبق . فإن كانت
الصيغة : إنها تعلم سبق أحد النكاحين ، لم تسمع الدعوى ، للجهل . وإن قال كل واحد :
هي تعلم أن نكاحي سابق ، فقال صاحب « التقريب » والشيخ أبو محمد وغيرهما :
يبنى على القولين في إقرار المرأة بالنكاح ، هل يقبل ؟ فإن لم يقبل ، لم تسمع الدعوى ،
إذ لا فائدة . وإن قلنا : تقبل وهو الأظهر ، سميت . وحينئذٍ ، إما أن تُنْكَرَ ،
وإما أن تُقَرَّ .

الحالة الأولى : أن تُنْكَرَ العلم بالسبق ، فتحلف عليه . وهل يكفي لها
يمين واحدة ، أم يجب يمينان ؟ قال البغوي : يمينان . وقال القفال : إن حضرا وادعيا ،
حلفت يميناً ، وهو مقتضى كلام ابن كج . وقال الامام : إن حضرا ورضيا يمينين ،
كفت . وإن حلفها أحدهما ، ثم حضر الآخر ، فهل له تحليفها ؟ وجهان ، لأن القضية
واحدة ، ونفي العلم بالسبق يشملها . فإذا حلفت كما ينبغي ، ف قيل : لا تحالف
بين الزوجين ، وقد أفضى الأمر إلى الاشكال ، وضعفه الامام وقال : إنما حلفت على نفي
العلم بالسبق ، ولم تفكر جريان أحد المقدين على الصحة ، فيبقى التداعي والتحالف
بينها . والذي أنكركناه ابتداء التحالف من غير ربط الدعوى بها ، وبهذا قطع
الغزالي . وإن نكلت هي ، رددنا اليمين عليها . فإن حلفا أو نكلا ، جاء الاشكال ،
وإلا فيقضى للحالف ، وإذا حلفا ونكلا ، فلا شيء لهما عليها . وفي كتاب الخناطي وجه :
أنها إذا حلفا واندفع النكاحان ، فلكل واحد عليها مهر اثل ، وهو ضعيف .

ويعينها - حلفت أو نكلت - تكون على البتة دون نفي العلم ، ولا حاجه إلى التعرض لعلمها .

الحالة الثانية : أن تقر لأحدهما بالسبق ، فيثبت النكاح [له] . وفي سماع
دعوى الثاني عليها وتحليفها قولان بقاءً على أنها لو أقرت للثاني بعد إقرارها للأول
هل تفرم للثاني ؟ وفيه القولان السابقتان في الاقرار لعمرو بدار أقر بها يزيد

أولاً . فإن قلنا : نغرم ، سمعت الدعوى وحلفها ، وإلا ، فقولان بناءً على أن يمين المدعي بعد نكول المدعى عليه كإقرار المدعى عليه ، أو كبينة يقينها المدعي وفيه قولان . أظهرهما : كالأقرار . فعلى هذا ، لا تسمع دعواها ، لأن غايتها أن تقر أو يحلف هو بعد نكولها ، وهو كإقرارها ، ولا فائدة فيه على هذا القول . وإن قلنا : كالبينة ، فله أن يدعي ويحلفها . فإن حلفت ، سقطت دعواه . وإن نكل ، ردت اليمين عليه . فإن نكل ، فكذلك . وإن حلف ، بني على أن اليمين المردودة كالأقرار ، أم كالبينة ؟ إن قلنا : كالأقرار ، فوجهان . أحدهما : يندفع النكاحان ، لتساويهما في أن مع كل واحد إقراراً . وحكي هذا عن نصه في القديم . وأصحها : استدامة النكاح للأول ، ولا يرتفع بنكولها المحتمل للتورع ، فيصير كما لو أقرت للأول ، ثم للثاني . وإن قلنا : كالبينة . فقيل : يحكم بالنكاح للثاني ، لأن البينة تقدم على الأقرار . وبهذا قطع في المذهب . وقال الصيدلاني وآخرون : الصحيح استدامة النكاح للأول ، لأن اليمين المردودة إنما تجعل كالبينة في حق الحالف والناكل ، لافي حق غيرها .

وإذا اختصرت قلت : هل يندفع النكاحان ، أم تسلم للأول ، أم للثاني ؟ فيه أوجه . إن سلمت للأول ، غرمت للثاني ، وحيث تغرم ، نقرتها ما يفرم شهود الطلاق إذا رجعوا ؟ وفيه خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى .

فرع

لو كانت خرساء ، أو خرست بعد التزويج ، فأقرت بالإشارة بسبق أحدهما ، لزما الأقرار ، وإلا ، فلا يمين عليه ، وأحوط حال الإشكال ، حكي هذا عن نصه .

فرع

حلفت لأحدهما: لا تعلم سبقه ، لا تكون مقرة للآخر ، ولو قالت لأحدهما: لم يسبق ، كانت مقرة للآخر ، كذا قاله الامام والبنوي . والمراد إذا جرى ذلك بعد إقرارها بسبق أحدهما ، وإلا ، فيجوز أن يقعا معاً ، فلا تكون مقرة بسبق الآخر .

الضرب الثاني : أن يدّعيها عليها زوجية مطلقه ، ولا يتعرض لسبق ، ولا لعلها به ، فهذا يبني على أن دعوى النكاح هل يشترط فيها التفصيل وذكر الشروط؟ وبيانها في كتاب الدعوى والبيّنات . فان سمعنا دعوى النكاح مطلقه ، أو فصلاً القدر المحتاج إليه ، ولم يتعرض للسبق ، لزمها الجواب الجازم ، ولا يكفيها نفي العلم بالسابق ، لكنها إذا لم تعلم ، فلها الجواب الجازم والحلف أنها ليست زوجته ، وهذا كما إذا ادعى على رجل أن أباه أتلف كذا ، وطلب غرمه من التركة ، حلف الوارث أنه لا يعلم أن أباه أتلف .

ولو ادعى [أن] عليه تسليم كذا من التركة ، حلف أنه لا يلزمه التسليم . وعدم العلم يجوز له الحلف الجازم .

فرع

هذا كله إذا كانت الدعوى على المرأة . فان ادّعيها على الولي ، فان لم يكن مجبراً ، لم تسمع الدعوى ، لأن إقراره لا يقبل . وإن كان مجبراً ، فوجهان . أحدهما : كذلك ، لأنه كالوكيل . وأصحها : تسمع ، لأن إقراره مقبول ، ومن قبيل إقراره ، توجهت عليه الدعوى واليمين ، فملى هذا إن كانت صغيرة ، حلف الأب . وإن كانت كبيرة ، فوجهان . أحدهما : لا يحلف ، للقدرة على تحليفها . وأصحها : يحلف .

ثم إن حلف الأب ، فلمدعي أن يحلف البنت أيضاً . فان نكلت ، حلف اليمين
المردودة، وثبت نكاحه . وفي التهذيب : أن المرأة إذا كانت بالغة ، بكرأ أو ثيبأ ،
فالدعوى عليها .

الباب الخامس في المولى عليه

الاسباب المقتضية لنصب الولي خمسة : الصغر ، والافوثة ، والجنون ، والسفه ،
والرق ، وقد سبق حكم الاولتين .

السبب الثالث : الجنون . فان كان المجنون كبيراً ، لم يزوج لغير حاجة ، وزوج
للحاجة، وذلك بأن تظهر رغبته فيهن بدورانه حولهن وتعلقه بهن ونحو ذلك . أو بأن
يحتاج إلى من يخدمه ويتممه ، ولا يجد في محارمه من يحصل هذا ، وتكون مؤنة
النكاح أخف من ثمن جارية ، أو بأن يتوقع شفاؤه بالنكاح . وإذا جاز تزويجه ،
تولاه الأب، ثم الجد ، ثم السلطان ، دون سائر العصبات ، كولاية المال . وإن كان
المجنون صغيراً ، لم يصح تزويجه على الصحيح . وقيل : يزوجه الأب أو الجد ،
وطرد الشيخ أبو محمد الوجهين في الصغير العاقل الممسوح .

ومتى جاز تزويج المجنون ، لم يزوج إلا امرأة واحدة ، والمخل كالمجنون
في النكاح، وهو الذي في عقله خلل، وفي أعضائه استرخاء ، ولحاجة به إلى النكاح
عالباً . ويجوز أن يزوج الصغير العاقل أربعاً على الأصح . وقيل : لا يجوز أن يزيد
على واحدة .

قلت : وفي الابانة، وجه : أنه لا يجوز تزويجه أصلاً ، وزعم أنه الأصح،
وهو غلط .

ثم إنما يزوج الصغير الماقل الأب والجد ، ولا يصح تزويج الوصي والقاضي ، لعدم الحاجة وانتفاء كمال الشفقة ، هذا هو الصواب الذي عليه في البويطي، وصرح به الجمهور. وقال في د البيان ، : يجوز الوصي والحاكم كالأب ، وليس بشيء .

والله أعلم

فرع

في المجنونة أوجه . الصحيح : أن الأب - والجد عند عدمه - يزوجانها، سواء كانت صغيرة أو كبيرة ، بكرًا أم ثيبًا . والثاني : لا يستقلان بتزويج الكبيرة الثيب، بل يشترط إذن السلطان بدلاً عن إذنها . والثالث : لا يزوّج الثيب الصغيرة كما لو كانت عاقلة ، والفرق على الصحيح أن البلوغ غاية تنتظر .

ثم لا يشترط في تزويجها ظهور الحاجة ، بل يكفي ظهور المصاحبة ، بخلاف المجنون ، لأن نكاحها يفيد المهر والنفقة ، ويفرّم المجنون .

وسواء التي بلغت مجنونة ، ومن بلغت عاقلة ثم جنّت ، بناءً على أن من بلغ عاقلاً ثم جنّ ، فولاية ماله لأبيه ، وهو الأصح . وإن قلنا : إنها للسلطان ، فكذا التزويج .

وأما المجنونة التي لأب لها ولاجد ، فإن كانت صغيرة ، لم تزوج ، إذ لا إيجاب لغير الأب والجد ، ولا حاجة لها في الحال . وإن كانت بالغة ، فقيمن زوجها وجهان . أحدهما : القريب كالأخ والمم ، لكن لا ينفرد به ، بل يشترط إذن السلطان مقام إذنها . فإن امتنع القريب ، زوجها السلطان كما لو عضلها . وأصحبها : زوجها السلطان كما يلي ماله ، لكن يراجع أقاربها، لأنهم أعرف بمصلحتها وتطبيبها لقلوبهم ، وهذه المراجعة واجبة ، أم مستحبة ؟ وجهان . صحح البغوي الوجوب ، وضمفه الامام .

فإن أوجبنا المشاورة ، فلم يشيروا بشيء ، استقلَّ السلطان . ويجري الوجهان في وجوب المشاورة في تزويج المجنون . ثم من ولي نكاحها من السلطان أو القريب ، يزوج عند ظهور الحاجة بأن تظهر علامات غلبة شهوتها ، أو يقول أهل الطب : يرجى بتزويجها الشفاء .

أما إذا لم تظهر ، وأراد التزويج لكفاية النفقة ، أو لمصلحة أخرى ، فهل يجوز كما يجوز للأب بمجرد المصلحة ؟ أم لا لأن تزويجها يقع إجباراً وليس هو لمير الأب والجد ؟ فيه وجهان . أصحابها : الثاني . قال الامام : وافق الأصحاب على الاكتفاء بالمصلحة في تزويج الأب والجد .

فرع

البالغ المنقطع جنونه ، لا يصح تزويجه حتى يفيق فيأذن ، ويشترط وقوع العقد في حال إفاقته . فلو عاد الجنون قبل العقد ، بطل الاذن ، كما تبطل الوكالة بالجنون ، وهكذا الثيب المنقطع جنونها . وأما المغلوب على عقله بمرض ، فتنتظر إفاقته ، فإن لم تتوقع إفاقته ، فكالجنون .

السبب الرابع : السفه . فالهجوم عليه لسفه ، لا يستقل بالتزويج ، بل يراجع الولي ليأذن أو يزوجه . فإن أذن له الولي فتزوج ، جاز على الصحيح ، وعن أبي الطيب ابن سلمة وغيره : أنه لا يجوز كالصبي .

فعلى الصحيح ، إن عين له امرأة ، لم يصح نكاح غيرها ، ولينكحها بهر المثل أو أقل . فإن زاد ، فحكى ابن القطان قولاً مخرجاً : أن النكاح باطل . والمشهور صحته ، لأن خلل الصداق لا يفسد النكاح . فعلى هذا ، تبطل الزيادة ، ويجب مهر المثل . وقال ابن الصباغ : القياس بطلان المسمى ووجوب مهر المثل .

والفرق أن على التقدير الأول تستحق الزوجة مهر المثل من الميعين ، وعلى قوله يجب مهر المثل في الذمة .

وإن قال له الولي : انكح امرأة من بني فلان ، فلينكح واحدة منهن بمهر المثل ولو قدر المهر ، ولم يعين المرأة ، فقال : انكح بألف ، فلينكح امرأة بألف . فإن كان مهر مثلها ألفاً فأكثر ، فالنكاح صحيح بالمسمى . وإن كان أقل ، صح النكاح بمهر المثل ، وسقطت الزيادة . وإن نكح بألفين ، فإن كان مهر مثلها أكثر من ألف ، لم يصح النكاح ، لأن الولي لم يأذن في أكثر من ألف . وفي الرد إلى ألف لإضرار بها . وإن كان مهر مثلها ألفاً أو أقل ، صح النكاح بمهر المثل ، وسقطت الزيادة . وعن تخريج ابن خيران وابن القطان ، أنه متى زاد على ما أذن به الولي ، بطل النكاح بكل حال . ولو جمع الولي في الاذن بين تعيين المرأة وتقدير المهر ، فقال : انكح فلانة بألف ، فإن كان مهر مثلها دون الألف ، فالاذن باطل . وإن كان ألفاً ، فنكحها بألف أو أقل ، صح النكاح بالمسمى . وإن زاد ، سقطت الزيادة . وإن كان مهر مثلها أكثر من ألف ، فإن نكح بألف ، صح النكاح بالمسمى ، وإن زاد ، لم يصح النكاح ، هكذا ذكره البغوي .

أما إذا أطلق الولي الاذن ، فقال : تزوّج ، فوجهان . أحدهما : [وهو] محكي عن أبي علي : ابن خيران ، والطبري . وعن الداركي ، أنه يلغو الاذن ، ولا بد من تعيين امرأة ، أو قبيلة ، أو مهر . وأصحها : يكفي الاطلاق كالعبد . فعلى هذا ، لو تزوج بأكثر من مهر المثل ، صح النكاح ، وسقطت الزيادة . وإن تزوج بمهر المثل أو أقل ، صح النكاح بالمسمى . لكن لو نكح شريفة يستغرق مهر مثلها ماله ، فوجهان حكاهما ابن كج . اختيار الامام وبه قطع الغزالي : أنه لا يصح النكاح ، بل بتقييد

بموافقة المصلحة . ذكر ابن كج تقريباً على اعتبار الاذن المطلق وجهين فيما لو عين الولي امرأة فعدل السفية إلى غيرها [فنكحها] بمثل مهر المينة ، لأنه لا غرض للولي في أعيان الزوجات .

فرع

قال : انكح مَنْ شِئْتَ بما شِئْتَ ، ذكر بعضهم أنه يبطل الاذن، لأنه رفع الحجر بالكلية .

فرع

قال ابن كج : الاذن للسفيه في النكاح ، لا يفيد جواز التوكيل، لأنه لم يرفع الحجر .

فرع

أما إذا قبل الولي النكاح للسفيه ، ففي اشتراط إذن السفية وجهان . أحدهما : لا ، لأنه فوض إليه رعاية مصلحته . فإذا عرف حاجته ، زوجته كما يكسوه ويطعمه . وبهذا قال الشيخ أبو حامد والمراقبون . وأصحها : نعم ، لأنه حر مكلف . وقد نص الشافعي رحمه الله في « المختصر » : أن السفية يزوجه وليه ، وربما استأنس به الأولون ، وحمله الآخرون على أصل التزويج ، ثم يراعى شرطه ، ونقل الربيع : أنه لا يزوجه وليه ، وانفقوا على أنه ليس باختلاف قول ، بل حمل قوم رواية الربيع على القيم الذي لم يأذن له الحاكم في التزويج ، وبعضهم على ما إذا

لم يحتج السفية إلى النكاح . ثم إذا قبل له الولي النكاح، فليقبل بمهر المثل أو أقل،
فإن زاد ، كان كما لو قبل الأب لابنه بأكثر من مهر المثل . ففي قول : يبطل
النكاح . والأظهر : أنه يصح بمهر المثل .

فرع

لو نكح السفية بغير إذن الولي ، فنكاحه باطل، ويفرق بينهما . فإن كان دخل بها،
فلاحد، للشبهة . وفي المهر أوجه . أصحابها : لا يجب، كما لو اشترى شيئاً فأتلفه .
وفيه إشكال من جهة أن المهر حق المرأة ، وقد تزوج ولاعلم لها بحال الزوج .
والثاني : يجب مهر المثل . والثالث : يجب أقل ما يمول .
قلت : وإذا لم نوجب شيئاً ، ففك الحجر ، فلا شيء [عليه] على المذهب ،
كالصبي إذا وطئ . ثم بلغ . وحكى الشافعي فيه وجهين . والله أعلم

فرع

قال الأكثرون : يشترط في نكاح السفية حاجته [إليه] ، وإلا ، فهو
إتلاف ماله بلا فائدة ، وبنوا على هذا أنه لا يزوجه إلا واحدة كالجنون . قالوا :
والحاجة بأن تقلب شهوته ، أو احتاج إلى من يخدمه ولم تقم محرم بخدمته ، وكانت
مؤن الزوجة أخف من ثمن جارية ومؤنها ، ولم يكنفوا في الحاجة بقول السفية ،
لأنه قد يقصد إتلاف المال ، بل اعتبروا ظهور الأمارات الدالة على غلبة الشهوة .
وحكى الامام وجهاً أنه يجوز تزويجه بالصلحة كالصبي ، ولم يعتبر الامام والغزالي
ظهور أمارات الشهوة ، واكتفيا فيها بقول السفية .

فرع

إذا طلب السفية النكاح مع ظهور أمانة الحاجة إن اعتبرناه ، أو دونه إن لم نعتبره ، وجب على الولي إجابته . فان امتنع فتزوج السفية بنفسه ، فقد أطلق الأصحاب في صحة النكاح وجهين . أصحها عند المتولي : لا يصح . وقال الامام والفزالي : إذا امتنع الولي ، فليراجع السفية السلطان كالمرأة المعضولة . فان خفت الحاجة ، وتمذّرت مراجعة السلطان ، ففي استقلال السفية حينئذٍ الوجهان .

فرع

يصح طلاق المحجور عليه ، فان كان مطلقاً ، مُسْرِيّ تجارية .

فرع

الكلام فيمن يبني أمر السفية ، سبق في « الحجر » . وذكر أبو الفرج الزاز : أنه إن بلغ رشيداً ، ثم طرأ السفه ، فنكاحه متعلق بالسلطان . وإن بلغ سفيهاً ، فهل يفوض إلى السلطان ، أم إلى الأب والجد ؟ وجهان . وأطلق ابن كعب أنه يزوجه القاضي ، وأنه إن جعله في حجر إنسان ، وزوجه الذي هو في حجره . وقال الامام : إن فوض إلى القيم التزويج ، زوّج ، وإلا ، فلا . قلت : الأصح أنه إن كان له أب أو جد ، فالتزويج إليه ، وإلا ، فلا يجوز أن يزوجه إلا القاضي ومن فوض إليه القاضي تزويجه . ومن صرح بهذا التفصيل وجزم به ، الشيخ أبو محمد في شرح « المختصر » . والله اعلم

فرع

قال البغوي : إقرار السفية بالنكاح لا يصح ، لأنه ليس بمن يباشره ، وهذا قد يشكل بإقرار المرأة .

فرع

للمحجور عليه بفلس النكاح ، وتكون مؤنثه في كسبه ، لافيا في يده .
السبب الخامس : الرق . فنكاح العبد بغير إذن سيده باطل ، وبإذنه صحيح ، سواء كان سيده رجلاً أو امرأة . ويجوز إذن سيده في امرأة معينة ، أو واحدة من القبيلة ، أو البلدة ، ويجوز مطلقاً . وإذا قيد ، فمعدل العبد عن المأذون فيه ، لم يصح نكاحه . وحكى الحناطي وجهاً أنه إن كان قدر مهرأ ، فنكح غير المينة به ، أر بأقل ، صح ، والصحيح الاول . وإذا أطلق الاذن ، فله نكاح حرة أو أمة ، وفي تلك البلدة أو غيرها ، وللسيد منعه من الخروج إلى البلدة الأخرى . ولو قدر مهرأ ، فزاد ، فالزيادة في ذمته ، يطلب بها إذا عتق . ولو نكح بالمقدر امرأة مهرها أقل ، فقد ذكر الحناطي فيه ثلاثة احتمالات .
أصحها : صحة النكاح ، ووجوب المسمى في الحال . والثاني : أن الزيادة على مهر مثلها ، يطلب بها إذا عتق . والثالث : بطلان النكاح . ولو رجع عن الاذن ولم يعلم به العبد حتى نكح ، فهو على الخلاف في الوكيل ، كذا ذكره ابن كج . ولو طلق العبد بعدما نكح باذن سيده ، لم ينكح أخرى إلا باذن جديد . ولو نكحها نكاحاً فاسداً ، فهل له نكاح أخرى؟ فيه خلاف مبني على أن الاذن يتناول الفاسد ، أم يختص بالصحيح ، ولهذا أصل سيأتي إن شاء الله تعالى .

فصل

هل للسيد إجبار العبد البالغ على النكاح ؟ قولان . القديم : نعم . والجديد : لا .
فان كان صغيراً ، فالأصح أنه كالكبير . وقيل : يجبر قطعاً ، واختاره ابن كج .
والكبير المجنون كالصغير ، فان جوزنا الاجبار ، فللسيد أن يقبل النكاح للبالغ ،
وله أن يكرهه على القبول ، ويصح ، لأنه إكراه بحق ، كذا قاله البغوي . وقال
المتولي : لا يصح قبوله كرها ، ويقبل إقرار السيد على العبد بالنكاح كإقرار الأب
على بنته . ويجوز أن يزوج أمته بعبد الصغير والكبير ، ولا يجز مهر . وفي استحباب
ذكره قولان . الجديد : استحبابه . وإذا طلب العبد النكاح ، فليجبه السيد ،
ولاتجب الإجابة على الأظهر . فان أوجبنا ، فامتنع سيده ، وزوجه السلطان كالمعضولة .
ولو نكح بنفسه ، قال الامام : هو كما لو طلب السفية وامتنع الولي فنكح بنفسه .
والمدبر والمعلق عتقه كالقن . ومن بعضه حر لا يجبر ولا يستقل ، وفي وجوب إجابه
الخلاف . والمكاتب لا يستقل ، ولا يجبره السيد . ولو نكح باذن السيد ، صح على المذهب .
وقيل : قولان كتبرعه . فان صححنا ، ففي وجوب إجابه الخلاف كالقن ، وأولى
بالوجوب . والعبد المشترك ، هل لسيديه إجباره وعليها إجابه ؟ فيه الخلاف المذكور
في الطرفين . ولو دعاه أحدهما إلى النكاح ، وامتنع الآخر أو العبد ، فلا إجبار . ولو طلب
أحدهما مع العبد ، وامتنع الآخر ، فمن الشيخ أبي حامد : أنه كالمكاتب . وقال ابن الصباغ :
لاتؤثر موافقة الآخر .

فرع

له إجبار أمته على النكاح ، سواء الصغيرة والكبيرة ، والبكر والثيب ،
والعاقلة والمجنونة . وإن طلبته ، لم يلزمه إجابتها إن كانت ممن يحل له وطؤها ،
وكذا إن لم يحل على الأصح ، كالأخت . ولو ملك أختين ، فوطيء إحداها ، لم يجبر
على تزويج الأخرى قطعاً ، لأن تحريمها عليه لعارض . والمدبرة والمعلق عتقها
كالقنة ، وكذا أم الولد على الصحيح . ومن بعضها حر ، لا تجبر ، ولا يجبر سيدها
[أيضاً] على الأصح . والمكاتب لا تجبر ، ولا تنكح دون إذنه . وفي وجوب
إجابتها وجهان .

قلت : الأصح لا تجب . والله أعلم

وفي وجه : لا تزوج أصلاً ، لاختلال ملك المولى ، وعدم استقلالها .

فرع

لا يزوج السيد أمة مكانه ولا عبده ، ولا يزوجه المكاتب بغير إذن سيده ،
وبإذنه قولان كبرعه .

فرع

إذا كان لعبده المأذون له في التجارة أمة ، فإن لم يكن على العبد دين ، جاز
للسيد تزويجها بغير إذن العبد على الأصح . وقيل : لا ، إلا أن يعد الحجر عليه ،
لاحتمال أن يحدث دين ولا يفي مافي يده به . وإن كان عليه دين ، وزوجها باذن

العبد والغرماء ، صح . وإن زوج باذنه دونهم ، أو بانهم دونه ، لم يصح على الأصح . وبيع السيد ووطؤه وهبته هذه الجارية ، كتزويجها في حالتي قيام الدين وعدمه . وإذا وطئ بغير إذن الغرماء ، فهل عليه المهر ؟ وجهان .

قلت : لعل أصحابها الوجوب ، لأن مهرها مما يتعلق به حق الغرماء ، بخلاف وطئه المرهونة . والله أعلم

فإن أحبلها ، فالولد حر، والجارية أم ولد إن كان موسراً . وإن كان معسراً ، لم تصر أم ولد ، بل تباع في الدين . فإن ملكها بعد ، فالحكم كما سبق في المرهونة ، وكذا الحكم في استيلاء الجارية الجانية وفي استيلاء الوارث جارية التركة إذا كان على المورث دين . وإذا لم نحكم باستيلاء في الحال ، وجب قيمة ولد جارية العبد المأذون ، وجارية التركة ، ولا يجب في ولد الجانية والمرهونة ، لأن حق المجني عليه والمرتهن لا يتعلق بالولد .

ولو أعتق عبد المأذون ، وعلى المأذون دين ، أو أعتق الوارث عبد التركة ، وعلى المورث دين ، قال البغوي : قيل في نفوذ العتق قولان ، كاعتاق المرهون والمذهب : أنه إن كان معسراً ، لم ينفذ . وإن كان موسراً ، نفذ كالاستيلاء ، وعليه أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد ، كاعتاق العبد الجاني .

فرع

تزويج من تعلق برقبتها مال ، لا يجوز بغير إذن المجني عليه إن كان السيد معسراً . وإن كان موسراً ، جاز على أحد الوجهين ، وكان اختياراً للفداء .

قلت : الجواز أصح . والله أعلم

فرع

تزويج السيد أمته ، هل هو بالملك ، أم بالولاية ؟ وجهان . أصحها : بالملك .
ويتفرع عليها صور .

منها : إذا سلبنا الفاسق الولاية، زوّجها إن قلنا بالملك ، [وإلا ، فلا] .
ومنها : إذا كان لمسلم أمة كتابية ، فله تزويجها على المذهب، وهو النصوص ،
وإنما يتصور تزويجها بإياها بعبد أو حرّ كتابي إذا حللناها لهما .
ومنها : إذا كان للكافر أمة مسلمة، أو أم ولد، قال ابن الحداد: يزوّجها بالملك ،
والأصح المنع .

ولو كان لمسلم أمة مجوسية أو ذمية ، فهل له تزويجها ؟ وجهان . صحح الشيخ
أبو عبي الجواز ، وقطع البغوي بالمنع . وما ذكرناه من الخلاف في أن تزويج الأمة
بالملك ، أم بالولاية ، لا يجري في تزويج العبد إلا إذا قلنا: للسيد إجباره . فلو كان
للكافر عبد مسلم ، ورأينا الإجماع ، ففي إجباره إياه الخلاف في كونه يزوّج أمته
المسلمة . وإن لم نر الإجماع ، لم يستقل العبد ، ولكن يأذن له السيد ليسقط حقه
فيستقل العبد حينئذٍ ، كما تأذن المرأة لعبدها فيتزوج وإن كانت ليست أهلاً للتزويج .
ومنها : قال المتولي : للمكاتب تزويج أمته إن قلنا بالملك ، وإلا ، فلا .

فصل

عبد الصبي والمجنون والسفيه ، لا يزوّجه وليهم على الصحيح . وقيل : يجوز ،

فقد تفتضيه مصلحة . ولو طلب عديم التزويج ، فإن لم نجبر السيد الرشيد ، لم يجز لوليم الاجابة . وإن أجبرناه ، فعلى وليهم الاجابة . وأما أمة الصبي والمجنون والسفيه ، فيجوز لوليم تزويجها على الأصح إذا ظهرت الغبطة . وقيل : لا . وقيل : تزوج أمة الصبية دون الصبي ، فقد يحتاج إليها إذا بلغ . فإن جوزنا ، قال الامام : يجوز تزويج أمة الثيب الصغيرة . وإن لم يجز تزويجها ، ولا يجوز للأب تزويج أمة البكر البالغة وإن كان يقهرها . وفيمن يزوج أمة الصغير والمجنون وجهان . أحدهما : ولي ماله نسياً كان أو وصياً أو قياً كسائر التصرفات . وأصحها : أنه ولي النكاح الذي يلي المال . وعلى هذا ، غير الأب والجدة لا يزوج أمة الصغير والصغيرة ، والأب لا يزوج أمة الثيب الصغيرة ، فإن كانت مجنونة ، زوّج . وإن كانت لسفيه ، فلا بد من إذنه .

فرع

أمة المرأة ، إن كانت مالكتها محجوراً عليها ، فقد سبق بيانها ، وإلا ، فيزوجها ولي المرأة تبعاً لولايته عليها ، وسواء الولي بالنسب وغيره ، والأمة العاقلة والمجنونة ، الصغيرة والكبيرة ، ولا حاجة إلى إذن الأمة ، وبشروط إذن مالكتها نطقاً وإن كانت بكراً ، إذ لا نستحي .

فصل

أعقق في مرضه أمة ، قال ابن الحداد : لا يجوز لوليم الحر كلاب والآخر تزويجها حتى يبرأ أو يموت ، وتخرج من ثلثه ، لأنها إنما تعتق كلها على هذين

التقديرين ، وواقفه على هذا جماعة ، منهم ابن كج وقال ابن سريج وأبو زيد
والا كثرون : يجوز لوليها تزويجها ، لأنها حرة في الظاهر ، فعلى هذا النكاح
صحيح ظاهراً . فإن تحققنا بعد ذلك نفوذ العتق ، تحققنا مضي النكاح على الصحة ،
وإلا ، فإن رد الورثة أو أجازوا ، وقلنا : الإجازة عطية منهم ، بأن فساد النكاح ،
وإلا ، بأن صحته .

ثم إن لم يكن للمعتق مال سواها ، فالمسألة على ما ذكرنا . وإن كان له [مال]
يفي ثلثه بقيمتها ، فمقتضى كلام ابن الحداد وجمهير الناقين ، أنه كذلك . قال الامام :
ويجوز أن يقال : على مقتضى قول ابن الحداد النكاح هاهنا محمول على الصحة ،
ويجوز خلافه ، لضعف ملك المريض . قال الشيخ أبو علي : ومفهوم كلام ابن الحداد
أنه إذا لم يكن لها ولي غير السيد ، فزواجها ، صح ، لأنها إن لم تخرج من الثلث ،
فمولى ولي معتق بالولاء ، ومالك سالم يمتق . فإن زواجها السيد ، ولها ولي مناسب ،
إن كان بآذنه ، صح قطعاً ، وإلا ، فلا قطعاً .

الباب السادس

في موانع نكاحها

قد سبق في الركن الثاني من الباب الثالث ، الإشارة إلى بيان الموانع . ومنها
ما تنكح في إيضاحه في غير الباب ، ككونها ملاحنة ، ومعظمها نبسط الكلام فيه
هنا إن شاء الله تعالى ، ويجمعها أربعة أجناس .

[الجنس] الأول : المحرمية ، وهي الوصلة المحرمة للنكاح أبداً ، ولها ثلاثة
أسباب : القرابة ، والرضاع ، والمصاهرة .

السبب الأول : القرابة ، ويحرم منها سبع : الامهات ، والبنات ، والاخوات ،

والعمات ، والخالات ، وبنات الاخ ، وبنات الاخت ، ولا تحرم بنات الاعمام
والعمات والاخوال والخالات ، قُربن أم بعمد ، والمراد بلام : كل أنثى ولدتك،
أو ولدت من ولدك، ذكراً كان أو أنثى، بواسطة أم بغيرها . وإن شئت قلت: كل
أنثى ينتهي إليها نسبك بالولادة بواسطة أم بغيرها . وبتك : كل أنثى ولدتها، أو ولدت
من ولدها، ذكراً كان أو أنثى ، بواسطة أم بغيرها . وإن شئت قلت : كل أنثى
ينتهي إليك نسبها بالولادة ، بواسطة أم بغيرها . وأختك: كل أنثى ولدها أبواك أو أحدها.
وبنت أخيك وبنت أختك منها ، كبنتك منك . وعمتك: كل أنثى هي أخت ذكر
ولدك، بواسطة أو بغيرها ، وقد تكون من جهة الام، كأخت أب الأم . وخالتك:
كل أنثى هي أخت أنثى ولدتك بواسطة أو بغيرها ، وقد تكون من جهة الأب،
كأخت أم الأب ، وعبر الاصحاب عنهن بعبارتين .

إحدهما : قال الأستاذ أبو إسحاق : يحرم عليه أصوله، وفصوله، وفصول أول.
أصوله ، وأول فصل من كل أصل بعمده ، أي بعد أول الاصول .

فالأصول : الأمهات . والفصول : البنات . وفصول أول الأصول : الأخوات
وبنات الأخ والأخت . وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول : الممات
والخالات .

الثانية : قال الأستاذ أبو منصور البغدادى : تحرم نساء القرابة ، إلا من دخلت
في اسم ولد العمومة أو ولد الخثولة . وهذه العبارة أرجح ، لا يجازها ، ولان
الأولى لاتنص على الاناث ، لان لفظ الاصول والفصول يتناول الذكور والاناث ،
ولان اللاتى بالضابط أن يكون أقصر من المضبوط ، والأولى بخلافه .

فرع

زنا بامرأة ، فولدت بنتاً ، يجوز للزاني نكاح البنت ، لكن يكره . وقيل :
إن يتيقن أنها من مائه ، إن تصور تيقنه ، حرمت عليه . وقيل : تحرم مطلقاً .
والصحيح : الحبل مطلقاً . والبنت التي نفاها باللعان ، تحرم عليه إن كان دخل بأمها ،
وكذا إن لم يدخل [بها] على الاصح . قال المتولي : وعلى هذا ، ففي وجوب
القصاص بقتلها ، والحد بقذفها ، والقطع بسرقة مالها ، وقبول شهادته لها الوجهان .
قلت : وسواء طاعته على الزنا أو أكرهها . والله أعلم .

السبب الثاني : الرضاع ، فيحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، فكل من
أرضعتك ، أو أرضعت من أرضعتك ، أو أرضعت من ولدك بواسطة أو غيرها ، فهي
أمك . وكذلك كل امرأة ولدت المرضعة أو الفحل ، وكل امرأة ارتضعت بلبنك
أو بلبن من ولدته ، أو أرضعتها امرأة وللتها أنت ، فهي بنتك . وكذلك بناتها من
النسب والرضاع . وكل امرأة أرضعتها أمك ، أو ارتضعت بلبن أهلك ، فهي أختك .
وكذلك كل امرأة ولدتها المرضعة أو الفحل وأخوات الفحل والمرضعة وأخوات
من ولدهما من النسب والرضاع ، عماتك وخالاتك . وكذلك كل امرأة أرضعتها
واحدة من جداتك ، أو ارتضعت بلبن جدك من النسب والرضاع ، وبنات أولاد
المرضعة والفحل من النسب والرضاع ، بنات أخيك وأختك . وكذلك كل أختي
أرضعتها أختك ، أو ارتضعت بلبن أخيك ، وبناتها وبنات أولادها من النسب والرضاع ،
بنات أخيك وأختك . وبنات كل ذكر أرضعته أمك ، أو ارتضع لبن
أبيك ، وبنات أولاده من النسب والرضاع ، بنات أخيك . وبنات كل امرأة

أرضعتها أمك ، أو ارتضعت لبن أهلك ، وبنات أولادهما من النسب والرضاع ، بنات أختك ،

فرع

أربع نسوة يحرمن في النسب ، وفي الرضاع قد يحرمن ، وقد لا يحرمن .

إحدها : أم الأخ والأخت في النسب حرام ، لأنها أم ، أو زوجة أب ، وفي الرضاع إن كانت كذلك حرمت ، وإلا ، فلا ، بأن أرضعت أجنبية أخاك أو أختك .

الثانية : أم نافتك في النسب ، حرام لأنها بنتك ، أو زوجة ابنك ، وفي الرضاع قد لا تكون بنتاً ولا زوجة ابن ، بأن أرضعت أجنبية نافتك .

الثالثة : جدة ولدك في النسب ، حرام ، لأنها أمك ، أو أم زوجتك ، وفي الرضاع قد لا تكون كذلك ، بأن أرضعت أجنبية ولدك ، فإن أمها جدته ، وليست بأمك ، ولا بأم زوجتك .

الرابعة : أخت ولدك حرام ، لأنها بنتك أو ريبتك . وإذا أرضعت أجنبية ولدك ، فبنتها أخته ، وليست بنتك ولا ريبتك ، ولا تحرم أخت الاخ في النسب ، ولا في الرضاع . وصورته في النسب : أن يكون لك أخت لأم ، وأخ لأب ، فيجوز له نكاحها . وفي الرضاع : امرأة أرضعتك وأرضعت صغيرة أجنبية منك ، يجوز لأخيك نكاحها . وهذه الصور الأربع مستثناة من قولنا : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

قلت : كذا قال جماعة من أصحابنا : تستثنى الصور الأربع . وقال المحققون : لا حاجة إلى استثنائها ، لأنها ليست داخلية في الضابط ، ولهذا لم يستثنها الشافعي وجهور الأصحاب رضي الله عنهم ، ولا استثنيت في الحديث الصحيح ، يحرم من

الرضاع ما يحرم من النسب^(١) لأن أم الاخ لم تحرم لكونها أم أخ ، وإغما حرمت لكونها أمنا أو حليلة أب، ولم يوجد ذلك في الصورة الاولى ، وكذا القول في باقين.

والله أعلم

السبب الثالث : المصاهرة ، فيحرم بها على التأييد أربع .

إحداهن : أم زوجتك ، [وأم] زوجتك منها كأُمك منك ، وسواء أمهات النسب والرضاع .

الثانية : زوجة ابنك وابن ابنك وإن سفل بالنسب والرضاع ، وقول الله تعالى : (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) [النساء : ٢٣] المراد به أنه لا تحرم زوجة من تبثاء .

الثالثة : زوجة الاب والاجداد وإن علوا من قبل الاب والام جميعاً، وتحرم زوجة الاب من الرضاع .

الرابعة : بنت الزوجة ، وبنت زوجتك منها كبنتك منك ، سواء بنت النسب والرضاع ، وتحرم الثلاث الاوليات بمجرد العقد ، بشرط أن يكون صحيحاً . فأما النكاح الفاسد ، فلا يتعلق به حرمة المصاهرة ، لانه لا يفيد حيل المنكوحه ، وحرمة غيرها فرع لحلها . وأما الرابعة، وهي بنت الزوجة، فلا تحرم إلا بالدخول بالزوجة. وحكى الشيخ أبو عاصم المبادي وابنه أبو الحسن عن أبي الحسن أحمد بن محمد الصابوني

(١) متفق عليه من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

من أصحابنا : أن أم الزوجة لا تحرم إلا بالدخول بالزوجة كالريبة، وهو شاذ ضعيف.

فرع

لا تحرم بنت زوج الأم، ولا أمه ، ولا بنت زوج البنت ، ولا أمه ، ولا أم زوجة الأب ، ولا بنتها ، ولا أم زوجة الابن ، ولا بنتها، ولا زوجة الربيب ولا زوجة الراب.

فصل

مجرد ملك اليمين ، لا يثبت شيئاً من هذه المحرمات ، لكن الوطء فيه يثبتها ، حتى تحرم الموطوءة على ابن الواطئ وأبيه ، وتحرم عليه أم الموطوءة وبنتها. والوطء بشبهة النكاح الفاسد، والشراء الفاسد ، ووطء الجارية المشتركة ، وجارية الابن ، يثبت حرمة المصاهرة ، كما يثبت النسب، ويوجب العدة. وحكي قول : أن وطء الشبهة لا يثبت حرمة المصاهرة ، كالزنا . والمشهور الذي قطع به الجمهور الاول ، وذلك فيما إذا شملت الشبهة الواطئ [أو] الموطوءة . فإن اختصت الشبهة بأحدهما، والآخر زان، بأن وطئها يظنها زوجته وهي عالة ، أو يعلم وهي جاهلة أو فائمة أو مكرهة ، أو مكنت البالغة العاقلة مجنوناً أو مراهقاً عالة ، فوجهان . أصحابها : الاعتبار بالرجل، فنثبت المصاهرة إذا اشتبه عليه ، كما يثبت النسب والعدة ، ولا يثبت إذا لم يشتبه عليه ، كما لا يثبت النسب والعدة . والثاني : تثبت المصاهرة في أيها كانت الشبهة ، وعلى هذا وجهان . أحدهما : يختص بمن اختصت الشبهة به . فإن كانت الاشتباه عليه ، حرم عليه أمها وبنتها ، ولا تحرم على أبيه وابنه . وإن كان الاشتباه عليها ، حرمت على ابنه وأبيه، ولا تحرم عليه أمها وبنتها. والثاني : أنها تتم الطرفين كالنسب .

فرع

الوطء في النكاح وملك اليمين ، كما يوجب الحرمة ، يوجب المحرمية ، فيجوز للواطئ الخلوة والمسافرة بأم الموطوءة وبناتها ، والنظر إليها ، ولابنه الخلوة والمسافرة بالموطوءة والنظر . وفي وطء الشبهة وجهان . ويقال : قولان . أصحها عند الامام كذلك ، لأن الشبهة تثبت النسب والعدة ، فكذا المحرمية . وأصحها عند الجمهور : المنع ، وحكوه عن نصه في الاملاء .

فرع

الزنا لا يثبت المصاهرة ، فللزاني نكاح أم الزني بها وبناتها ، ولأبيه وابنه نكاحا . ولو لاط بفلان ، لم يحرم على الفاعل أم الفلام وبنته . ولو ملك جارية محرمة عليه برضاع أو مصاهرة ، فوطئها ، فإن لم نوجب به الحد ، ثبتت المصاهرة . وإن أوجبناه ، فلا .

فرع

المفاخذة ، والقبلة ، والمس ، هل هي كالوطء فتثبت المصاهرة وتحرم الرئية في النكاح ؟ فيه قولان . أظهرهما عند البغوي والروائي : نعم . وأظهرهما عند ابن أبي هريرة وابن القطان والامام وغيرهم : لا . والقولان فيما إذا جرى ذلك بشهوة . فأما المس بغير شهوة ، فلا أثر له على المذهب ، وبه قطع الجمهور . قال الامام :

ومنهم من أطلق القولين في الملامسة . وأما النظر بشهوة ، فلا يثبت المصاهرة على المذهب، وبه قطع الجمهور . وقيل : قولان . وقيل : إن نظر إلى الفرج، فقولان، وإلا ، فلا .

فرع

إذا استدخلت ماء زوجها أو أجنبي بشبهة، ثبتت المصاهرة والنسب والعدة ، دون الاحصاء والتحليل . وفي تقدير المهر ووجوبه للمفوضة وثبوت الرجعة والفصل والمهر في صورة الشبهة وجهان . أصحها : المنع . ولو أنزل أجنبي بزنا ، لم يثبت باستدخاله المصاهرة ولا النسب . وإن أنزل الزوج بالزنا ، حكى البغوي أنه لا يثبت النسب ولا المصاهرة ولا العدة. وقال من عند نفسه : وجب أن تثبت هذه الأحكام كما لو وطئ زوجته يظن أنه يزني .

فرع

ما أثبت التحريم المؤبد إذا طرأ على النكاح، قطعه . فلو نكح امرأة ، فوطئها أبوه أو ابنه بشبهة ، أو وطئ هو أمها أو بنتها بشبهة ، انفسخ نكاحها . وفي المولودات لابن الحداد فرعان يتعلقان بهذا الأصل .

أحدهما : نكح امرأة ونكح ابنه بنتها ، ووطئ كل واحد منهما زوجة الآخر غاطاً ، انفسخ النكاحان . وهذا تفريع على المشهور أن وطئ الشبهة كالوطئ في ملك ، ويجب على كل واحد منها مهر المثل للتي وطئها بالشبهة . ثم إن سبق وطئ الأب ، فعليه لزوجته نصف المسمى ، لأنه الذي رفع نكاحها، فهو كما لو طلقها قبل الدخول . وهل يجب على

الابن لزوجته نصف المسمى ؟ فيه أوجه . قال ابن الحداد : لا ، إذ لا صنع له . وقال آخرون : نعم ، إذ لا صنع لها . وقال الشيخ أبو علي : إن كانت زوجة الابن فائمة ، أو صغيرة لاتعقل ، أو مكروهة ، وجب . وإن كانت عاقلة طارعت الأب تظنه زوجها ، فلا شيء لها . فإن أوجبنا ، رجع الابن على أبيه ، لأنه فوت نكاحه . وهل يرجع بمهر المثل ، أم بنصفه ، أم بما غرم ؟ فيه ثلاثة أقوال نوضحها في كتاب الرضاع ، إن شاء الله تعالى .

وأما إن سبق وطء الابن ، فعليه لزوجته نصف المسمى . وهل يلزم الأب لزوجته نصف المسمى ؟ فيه الأوجه . فإن ألزمناه ، رجع على الابن كما ذكرنا . ولو وقع الوطء معاً ، فعلى كل واحد نصف مسمى لزوجته . وهل يرجع على الآخر؟ وجهان . قال القفال : يرجع كل واحد على صاحبه بنصف ما كان يرجع به لو انفرد ، ويهدر نصفه كالاصطدام ، فإنها حرمت بفعلها ، وقال الشيخ أبو علي : لا يرجع بشيء .

[الفروع] الثاني : نكح امرأتين في عقد ، فبانت إحداها أم الأخرى ، بطل النكاحان . ولا شيء لواحدة منهما ، إلا أن يعطأ ، فيجب مهر المثل . ولو نكحها في عقدين ، ووطئ إحداها ، ثم بان الحال ، نظر ، إن سبق نكاح الأم ، فإن كانت هي الموطوءة ، فنكاحها بحاله ، والاخرى محرمة . وإن كانت البنت هي الموطوءة ، فالنكاحان باطلان ، لأن البنت نكحها وعنده أمها ، والأم أم موطوءة بشبهة ، وله أن يتزوج البنت متى شاء ، لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ، ويجب للبنت مهر المثل ، والأم نصف المسمى . وإن سبق نكاح البنت ، فإن كانت هي الموطوءة ، فنكاحها بحاله ، والأم حرام أبداً . وإن كانت الموطوءة الأم ، بطل النكاحان ، وحرمتا أبداً ، ولأم مهر المثل ، وللبنت نصف المسمى . وإن أشبهت الموطوءة ، وعرفت التي سبق نكاحها ، ثبت نكاح السابقة ، لأن الأصل استمرار صحته ، وليس له نكاح الثانية ، لأن الأولى

إن كانت بنتاً ، فالثانية أم امرأته محرمة أبداً . وإن كانت أمّاً ، فليس له نكاح البنت وأمّها تحته . وإن ارتفع نكاح الأم بطلاق أو غيره ، لم يحل له واحدة منها ، لأن إحداها محرمة أبداً ، فصار كاشتباه أخته بأجنبية . وإن اشتبه السابق من النكاحين ، وعرفت الموطوءة ، فغير الموطوءة محرمة أبداً ، والموطوءة يوقف نكاحها ، وتمنع من نكاح غيره . وإن طلبت الفسخ للاشتباه ، فسخ كما في اشتباه الاولين^(١) . وإن اشتبه السابق من النكاحين والموطوءة ، وقف عنها ، لاحتمال سبق البنت والدخول بالأم ، وليس له نكاح واحدة منها ، لأن إحداها محرمة أبداً . ولو كانت المسألة بحالها ، لكن وطئها جليماً ، بطل النكاحان ، وحرمتا أبداً . ثم إن وطئ أولاً التي نكحها أولاً ، فلأولى مهرها المسمى ، وللثانية مهر المثل . وإن وطئ أولاً التي نكحها آخراً ، فلها مهر المثل ، لانه لم ينفذ نكاحها ، وللمنكوحة أولاً جميع مهر المثل ونصف المسمى . أمّا نصف المسمى ، فلارتفاع نكاحها بسبب من الزوج . وأما جميع مهر المثل ، فلأنه وطئها بشبهة بعد ارتفاع النكاح .

فصل

إذا اختلطت محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة بأجنبيات ، قال الاصحاب : إن كان الاختلاط بحد لا ينحصر ، كنسوة بلدة أو قرية كبيرة ، فله نكاح واحدة منهن . قال الامام : هذا ظاهر إن عثم الالتباس . فأما إذا أمكنه نكاح من لا يشك فيها ، فيحتمل أن يقال : لا ينكح من المشكوك فيهن . والمذهب أنه لا حجر . فإن كان الاختلاط بحد محصور ، فليجتنبهن . فلو خالف ونكح واحدة منهن ، لم يصح على الاصح . قال الامام : المحصور : ما عسر عده على آحاد الناس . وقال الفزالي : كل عدد لو اجتمعوا في صعيد لمسر على الناظر عددهم بمجرد النظر

(١) في النسخة الظاهرية : وإن طلبت الفسخ للاشتباه فسخ كما في نكاح الاولين .

كالالف، فهو غير محصور ، وإن سهل كالشرة ، والمشرين ، فمحصور ، وبين الطرفين أوساط يلحق بأحدهما بالظن ، وما وقع فيه الشك ، استفتي فيه القلب .

الجنس الثاني : ما يقتضي حرمة غير مؤبدة ، ويتعلق بعدد ، وهو ثلاثة أنواع .

الأول : الجمع بين الاختين من النسب أو الرضاع ، سواء الاختان من الأبوين

أو من أحدهما . فلو نكحها ، بطل نكاحها . وإن نكحها مرتباً ، بطلت الثانية .

فإن وطئها جاهلاً بالحكم ، فعليها المدة ولها مهر المثل ، وله وطء الاولى وإن كانت

الثانية في المدة ، لكن المستحب أن لا يفعل . ولو طلق امرأته طلاقاً بائناً ، فله نكاح

أختها في عدتها ، وإن كان رجعياً ، لم تحل أختها حتى تنقضي عدتها . فلو ادعى

أنها أخبرته باقضاء المدة ، والوقت محتمل ، وقالت : لم تنقض ، فوجهان . أصحهما

وهو نصه في « الاملاء » : أن له نكاح أختها . ولو طلق الادرى ، لم يقع .

ولو وطئها ، لزمه الحد ، لزمه انقضاء عدتها . وقال الخليمي والقفال : ليس له

نكاح أختها ، لأن القول قولها في المدة . وعلى هذا ، لو طلقها وقع . ولو وطئها ،

فلا حد ، وتجب النفقة على الوجهين ، لأنه لا يقبل قوله في إسقاط حقها . ولو طلق

زوجته الامة طلاقاً رجعياً ، ثم اشتراها ، فله نكاح أختها في الحال ، وكذا

لو اشتراها قبل الطلاق ، لأن ذلك الفراش انقطع .

فرع

يحرم الجمع بين المرأة وبنت أخيها وبنت أولاد أخيها ، وكذا بين المرأة

وبنت أختها وبنت أولاد أختها ، سواء كانت العمومة والخؤولة من النسب

أو الرضاع .

وضبط تحريم الجمع بمبارات .

إحداهن : يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع ولو كانت إحداهما ذكراً لحُرمت المناكحة بينهما .

الثانية : يحرم بين كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع يقتضي المحرمة ..

الثالثة : يحرم بين كل امرأتين بينهما وصلة قرابة أو رضاع لو كانت تلك الوصلة بينك وبين امرأة لحُرمت عليك . وقصدوا بقيد القرابة والرضاع الاحتراز عن الجمع بين المرأة وأم زوجها وبنت زوجها ، فإن هذا الجمع غير محرم وإن كان يحرم النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكراً ، لكنه ليس بقرابة ولا رضاع ، بل مصاهرة ، وإيس فيها رحم يحذر قطعها ، بخلاف الرضاع والقرابة .

فرع

يحرم الجمع بين المرأة وبنتها ، لدخولها في الضابط . فلو نكحها معاً ، بطل نكاحها . ولو نكحها في عقدين ، فالثانية باطلة . فإن كانت الثانية البنت ، جاز أن ينكحها إن فارق الأم قبل الدخول .

فرع

يجوز الجمع بين بنت الرجل وربيته ، وبين المرأة وربيته زوجها من امرأة أخرى ، وبين أخت الرجل من أمه وأخته من أبيه ، لأنه لا تحرم المناكحة بتقدير ذكورة أحدهما .

فصل

كل امرأتين يحرم الجمع بينهما في النكاح ، يحرم الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين ، لكن يجوز الجمع بينهما في نفس الملك . فإذا اشترى أختين أو امرأة وعمتها أو خالتها معاً ، أو متعاقبتين ، صح الشراء ، وله وطء أيتهم شاء . فإذا وطئ واحدة ، حرم عليه وطء الأخرى ، لكن لا يجب به الحد ، لأن له طريقاً إلى استباحتها ، بخلاف ما لو وطئ أخته من الرضاع وهي ملكه ، فإنه يجد على قول ، لأنه لا يستبيحها بحال ، ثم الثانية تبقى حراماً كما كانت ، والأولى حلالاً كما كانت ، فلا يحرم الحرام الحلال ، لكن يستحب أن لا يبطأ الأولى حتى يستبرئ الثانية .

وعن أبي منصور بن مهران أستاذ الأودني ، أنه إذا أحبل الثانية ، حلت ، وحرمت الأولى ، وهو غريب ، ثم لا تزال غير الموطوءة محرمة عليه ، حتى يحرم الموطوءة على نفسه ، إما بإزالة ملك ، كبسع كلها أو بعضها ، أو هبة مع الاقباض ، أو بالاعتاق ، وإما بإزالة الحبل بالتزويج أو الكتابة ، ولا يكفي الحيض والاحرام والعدة عن وطء شبهة ، لأنها أسباب عارضة لم تزل الملك ولا الاستحقاق ، فكذا الردة لا تبسح الأخرى ، وكذا الرهن على الأصح .

ولو باع بشرط الخيار ، فحيث يجوز للبائع الوطء ، لا تحل به الثانية ، وحيث لا يجوز وجهان . قال الامام : الوجه عندي القطع بالحل ، ولا يكفي استبراء الأولى ، لأنه لا يزيل الفرائش . وعن القاضي حسين ، أن القياس الاكتفاء ، لأنه يدل على البراءة . وعن القاضي أبي حامد قال : غلط بعض أصحابنا فقال : إذا قال : حرمتها على نفسي ، حرمت عليه ، وحلت الأخرى .

ثم إذا حرّمها بالاسباب المؤثرة ، فعاد الحل ، بأن باعها ، فردّت عليه بميب أو إقالة ،

أو زوجها فطلقت ، أو كاتبها فمجزت ، لم يحز له وطؤها حتى يستبرئها ، لحدوث الملك . فاذا استبرأها ، فإن لم يكن وطئ الثانية بعد تحريم الأولى ، فله الآن وطء أيتها شاء . وإن كان وطئها ، لم يحز وطء المائدة حتى تحرم الأخرى .

فرع

الوطء في الدبر كالتبذل ، فتحرم الأخرى به . وفي اللس والقبلة والنظر بشهوة مثل الخلاف السابق في حرمة المصاهرة .

فرع

ملك أختين إحداهما مجوسية ، أو أخته برضاع ، فوطئها بشبهة ، جاز وطء الأخرى ، لأن الأولى محرمة . ولو ملك أمًا وبنتها ، ووطء إحداهما ، حرمت الأخرى أبدًا ، فلو وطئ الأخرى بعد ذلك جاهلاً بالتحريم ، حرمت الأولى أيضاً أبدًا . وإن كان عالماً ، ففي وجوب الحد قولان . إن قلنا : لا ، حرمت الأولى أيضاً أبدًا ، وإلا ، فلا .

فصل

ملكها ولم يطأ ، أو وطئ ثم نكح أختها أو عمتها ، صح النكاح ، وحلت المنكوحه ، وحرمت الملوكة . ولو نكح امرأة ، ثم ملك أختها ، فالملوكة حرام ، ويبقى حيل المنكوحه .

فصل

ارتدت الزوجة بعد الدخول، يحرم نكاح أختها وأربع سواها قبل انقضاء العدة، كالرجمية . قال ابن الحداد : فلو قال لها : أنت طالق ثلاثاً ، فله في الحال نكاح أختها، لحصول البينونة ، وكذا الحكم لو ارتدت فخالها في الردة . ولو كان تحتها صغيرة، وكبيرة مدخول بها ، فارتدت الكبيرة، وأرضعت أمها في عدتها الصغيرة، وقف نكاح الصغيرة . فإن أصرت الكبيرة حتى انقضت العدة ، ففي نكاح الصغيرة، بحاله . وإن أسلمت في العدة ، بطل نكاح الصغيرة . وفي بطلان نكاح الكبيرة قولان نذكرهما إن شاء الله تعالى في نظير المسألة في الرضاع . قال الشيخ أبو علي : أظهرهما : لا يبطل كما لو نكح أختاً على أخت لا تبطل الأولى . وكذا الحكم لو كانت المرضعة أخت الكبيرة .

ثم على الزوج للصغيرة نصف المسمى ، وللكبيرة تمامه ، ويرجع الزوج على المرضعة بنصف مهر مثل الصغيرة على الأظهر ، وبكائه في قول ، وبجميع مهر مثل الكبيرة على الأظهر إن أبطلنا نكاحها .

النوع الثاني : في قدر العدد المباح ، ولا يجوز للحر أن ينكح أكثر من أربع نسوة . فلو نكح خمساً في عقد ، بطل نكاحهن ، وإن نكحهن مرتباً ، بطل الزيادة على الأربع الأوليات . ولو نكح خمساً في عقد فبين أختان ، بطل فيها ، وفي البواقي قولان تفريق الصفة ، والأظهر الصحة . ولو نكح سبعم فبين أختان ، بطل الجميع .

ولو كانت تحتها أربع فأبانهن ، فله نكاح أربع بدهن وإن كن في العدة . ولو أبان واحدة ، فله نكاح أخرى في عدة البانة .

ولو وطئ امرأة بشبهة ، فله نكاح أربع في عدتها . ولو كانت المفارقة رجعية ، لم تجز . وأما العبد ، فلا يجوز أن يزيد على امرأتين .

فرع

لابن الحداد

نكح ست نسوة ، ثلاثاً في عقد ، وثلثين في عقد ، وواحدة في عقد ، ولم يعلم المتقدم ، فنكاح الواحدة صحيح على كل تقدير ، لأنها لا تقع إلا "أولة ، أو ثالثة ، أو رابعة ، فانها لو تأخرت عن المقدين ، كان ثانيها باطلاً ، فتقع هي صحيحة . وأما البواقي ، فقال ابن الحداد : لا يثبت نكاحهن ، لأن كل واحد من عقديها يحتمل كونه متأخراً باطلاً ، والأصل عدم الصحة . قال الشيخ أبو علي : مذكروه ابن الحداد غلط عند عامة الأصحاب ، بل يصح مع نكاح الواحدة ، إما الثنتان ، وإما الثلاث ، وهو الذي سبق منها ، ولانعرف عينه فيوقف ، ويسأل الزوج ، فان ادعى سبق الثنتين وصدقاه ، ثبت نكاحهما . وإن ادعى سبق الثلاث ، وصدقته ، فكذلك . وإن قال : لا أدري ، أو لم يبين ، فلهن طلب الفسخ . وإن رضين بالضرر ، لم يفسخ ، وعلى الزوج نفقة الجميع مدة التوقف ، فان مات قبل البيان ، اعتدت من لم يدخل بها عدة وفاة ، ومن دخل بها بأقصى الأجلين من وفاة وأقراء ، ويدفع إلى الفردة ربع ميراث النسوة ، لاحتمال صحة نكاح ثلاث معها ، ثم يحتمل أن يكون الصحيح معها نكاح الثلاث ، فلا يستحق غير الربع المأخوذ ، ويحتمل صحة نكاح الثنتين ، فيستحق الثلث ، فيوقف ما بين الثلث والربع ، وهو نصف سدس بين الواحدة والثلاث ، لاحق للثنتين فيه ، ويوقف الثلثان بين

نصيب النسوة ، بين الثنتين والثلاث ، لاحقاً للواحدة فيه . فان أردن الصلح قبل البيان ، فالصلح في نصف السدس بين الواحدة والثلاث ، وفي اثنتين بين الثلاث والثنتين . وأما المهر ، فله فردة المسمى . وأما البواقي ، فان دخل بهن ، قابلنا المسمى لاحدى الفرقتين ومهر المثل بالمسمى للفرقة الأخرى ومهر مثل الأولى ، وأخذنا أكثر القدرين من التركة ، ودفعنا إلى كل واحدة منهن الأقل من مساهها ومهر مثلها ، ووقفنا الباقي .

مثاله : سمي لكل واحدة مائة ، ومهر مثل كل واحدة خمسون ، فسمى الثلاث ومهر مثل الثنتين أربعائة ، وهي أكثر من مسمى الثنتين ومهر مثل الثلاث ، فنأخذ من التركة أربعائة ، ونُدفع إلى كل واحدة خمسين ، ونقف الباقي وهو مائة وخمسون [منها] مائة بين النسوة الخمس ، وخمسون بين الثلاث ولورثة ، فان بان صحة نكاح الثنتين ، فالمائة لهما ، والخمسون للورثة . وإن بان صحة الثلاث ، فالمائة والخمسون لهن . وإن لم يدخل بواحدة ، أخذنا من التركة أكثر المسمين ، ولانعطي في الحال واحدة شيئاً . والأكثر في المثال المذكور ثلثمائة ، فنقف مائتين بين الثلاث والثنتين ، ومائة بين الثلاث والورثة . وإن دخل باحدى الفرقتين ، أخذنا الأكثر من مسمى المدخول بهن فقط ، ومن مهر مثلهن مع مسمى الفرقة الأخرى ، وأعطي الموطوءات الأقل من المسمى ومهر مثلهن . ففي المثال المذكور ، إن دخل بالثنتين ، فمهر مثلها مع مسمى الثلاث أربعائة ، وذلك أكثر من مسمى الثنتين ، فنأخذ أربعائة ، ونعطي كل واحدة من اثنتين خمسين ، ونقف مائة بينها وبين الثلاث ، ومائتين بين الثلاث والورثة . فان بان صحة نكاح الثنتين ، دفعنا المائة إليهما ، والباقي للورثة . وإن بان صحة نكاح الثلاث ، دفعناها مع المائتين إليهن ، وإن دخل بالثلاث ، فمهر مثلهن مع مسمى الثنتين ثلثمائة وخمسون ، وذلك أكثر من مسمى الثلاث ، فنأخذ ثلثمائة وخمسين ، ونعطي كل واحدة من الثلاث خمسين منها ، ونقف الباقي وهو مائتان ، منها مائة وخمسون بين الثنتين والثلاث ، والباقي بين الثنتين والورثة . فان بان صحة نكاح الثلاث ، أعطيناها مائة وخمسين ، والباقي للورثة . وإن بان صحة نكاح الثنتين ، أعطيناها مائتين .

قال الشيخ أبو علي : فإن كانت المسألة بحالها ، ونكح أربعاً آخر في عقد رابع ، ولم يعرف الترتيب ، لم يحكم بصحة نكاح الواحدة ، لاحتمال وقوعه بعد الأربع . فإن مات قبل البيان ، وقفنا ميراث زوجات ، ولا نمطي واحدة منه شيئاً . وأما المهر ، فإن دخل بهن ، أخذنا لكل واحدة الأكثر من مسهاها ومهر مثلها ، وأعطيناها أقلها ، ووقفنا الباقي بينها وبين الورثة . فإن لم يدخل بواحدة منهن ، فيحتمل أن يكون الصحيح نكاح الأربع ، ويحتمل أن تكون الواحدة مع الثلاث ، أو مع الثنتين ، فينظر مهر الأربع وحده ، ومهر الواحدة مع الثلاث ، ثم مع الثنتين ، ويؤخذ أكثر المقادير الثلاثة ، ويوقف . وإن دخل ببعضهن ، أخذ للمدخل بها أكثر مهرها ، وتمطى منه أقلها ، ويوقف الباقي بينها وبين الورثة ، وأخذ الغير المدخول بها مسهاها ، فيوقف بينها وبين الورثة .

النوع الثالث : استيفاء عدد الطلاق . فإذا طلق الحر زوجته ثلاثاً في نكاح أو أنكحة دفعة أو أكثر قبل الدخول أو بعده ، لم يحل له نكاحها حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها ويفارقها وتنقضي عدتها منه ، وإذا طلق العبد طليقتين ، فكطلاق الحر ثلاثاً . ولو عتق بعد ذلك ، لم يؤثر ، ويشترط أن يكون الوطاء في نكاح صحيح . وفي قول : يكفي الوطاء في نكاح فاسد . ومنهم من أنكره ، ومنهم من طرده في وطاء الشبهة ، والمذهب الاول . ويشترط تغييب جميع الحشفة في الفرج ، وبه تتعلق أحكام الوطاء كلها . وقال البغوي : إن كانت بكرأ ، فأقله الاقتضاض بآلته . ومن قطعت حشفته ، إن بقي من ذكره دون قدرها ، لم يحل . وإن بقي قدرها فقط ، أحل . وإن بقي أكثر من قدرها ، كفى تغييب قدر حشفة هذا الشخص على الأصح . وقيل : يشترط تغييب جميع الباقي ، سواء كان قوي الانتشار ، أو ضئيفه فاستمان بأصبعه أو أصبعها ، فإن لم يكن انتشار أصلاً ، لثنتين أو شلل

أو غيرها ، لم يحصل التحليل على الصحيح ، وبه قطع جمهور الأصحاب في كتبهم ، لعدم ذوق المسيلة ، وحصله الشيخ أبو محمد والغزالي ، لحصول الوطء وأحكامه . واستدخال ذكر النائم وغيره يحلل ، واستدخال الماء لا يحلل .

قلت : ولولف على ذكره خرقه وأولج ، حلل على الصحيح . والله أعلم

فرع

يحصل التحليل بكل زوج ، حر مسلم ، وعبد ، ومجنون ، وخصي ، وذمي إذا كانت المطلقة ذمية ، سواء كان المطلق مسلماً أو ذمياً ، ويشترط وطء الذمي في وقت لو ترافموا إلينا لقرنهم على ذلك النكاح .

قلت : لا يشترط في تحليل الذمية للمسلم وطء ذمي ، بل المجوسي والوثني يحللانها أيضاً للمسلم ، كما يحصنانها ، صرح به إبراهيم المروزي . والله أعلم

والصبي الذي يتأتى منه الجماع ، كالبالغ على المشهور . والطفل الذي لا يتأتى منه ، لا يحلل على الصحيح ، وعن القفال ، أنه يحلل .

قلت : هذا الوجه كالغلط المتأبد لقواعد الباب . ونقل الامام اتفاق الأصحاب أنه لا يحلل . والله أعلم

فرع

إذا كانت الماطقة ثلاثاً صغيرة ، ووطئها زوج ، حلت قطعاً . وقيل في التي لا تشتهى الوجهان كتحليل الصبي .

فرع

لو وطئها في إحرامه أو إحرامها ، أو الحيض ، أو صوم رمضان ، أو قبل التكفير عن ظهارها ، أو ظاناً أنها أجنبية ، حلت ، لأنه وطئ زوج في نكاح صحيح ولو وطئها وهي في عدة وطئ شبهة وقع بعد نكاحه ، حلت على الأصح . ولو وطئها في حال رده أو ردتها ، وعاد إلى الاسلام ، لم تحل ، نص عليه ، لاضطراب النكاح ، بخلاف سائر أسباب التحريم . واعترض المزي بأنه إن دخل بها قبل الردة ، فقد حلت ، وإلا ، فتبين بنفس الردة . قال الأصحاب : تتصور العدة بلا دخول ، بأن يطأها في الدبر أو فيما دون الفرج فسبق الماء ، أو تستدخل مائه ، فتجب العدة ، ولا تحل بهذه الأسباب ، وكذا بالخلوة على القديم .

قلت : هذا الذي ذكره عن النص أنها لا تحل بالوطئ في الردة ، هو الصواب ، وبه قطع جماهير الأصحاب . وقال صاحب « التلخيص » : إن اجتمعا في الاسلام قبل انقضاء العدة ، حلت للأول ، وتابعه عليه القفال ، وليس بشيء . ولو طلقها رجعيًا ، باستدخال الماء قبل الدخول ، ثم وطئها في العدة [لم تحل للأول وإن راجعها في العدة] ، نص عليه الشافعي والأصحاب ، وقال إبراهيم المروذي : إذا قلنا : تحل بوطئ الشبهة ، فهذا أولى ، وإلا ، فلا تحل . والله أعلم

فرع

نكحها على أنه إذا وطئها بانت منه ، أو نكحها إلى أن يطأها ، أو على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينها ، فنكاح باطل ، فإن شرط أنه إذا وطئها طلقها ، فباطل

أيضاً على الأظهر . وفي قول : يصح العقد ، ويبطل الشرط ، ويجب مهر المثل .
ولو تزوج بلا شرط، وفي عزمه أن يطلقها إذا وطئها ، كره ، وصح العقد ، وحلت
بوطنه . ولو نكحها على أن لا يوطئها إلا مرة ، أو على أن لا يوطئها نهائياً ، فلا شافعي
رحمه الله في بطلان النكاح أو صحته دون الشرط نصان . وقيل : قولان . والمذهب
أنهما على حالين . فالبطالان إذا شرطت الزوجة أن لا يوطئها ، والصحة إذا شرط
الزوج أن لا يوطئ ، لأنه حقه ، فله تركه والتمكين عليها . ولو نكحها بشرط أن
لا تحل له ، فقال الامام : يجب أن تلحق بشرط ترك الوطء . وقال الغزالي : ينبغي
أن يفسد ، للتناقض .

قلت : قول الغزالي أصح . والله أعلم

وفي « فتاوى » القفال : أنه لو تزوج أمة على أن لا يملك الاستمتاع ببعضها ،
فكشروط أن لا يوطئ . وإن تزوجها بشرط أن لا يملك بعضها ، فإن أراد الاستمتاع ،
فكذلك . وإن أراد ملك العين ، لم يضر . وجميع ما ذكرناه إذا شرطه في نفس
العقد ، ولو تواطأ في شيء من ذلك قبل العقد ، وعقداً على ذلك القصد بلا شرط ،
فليس كالمشروط على الصحيح .

فرع

قال الأئمة : أسلم طريق في الباب : وأدفعه للعار ، أن تزوج بعبد صغير ، وتستدخل
حشفته ، ثم تملكه يبيع أو هبة ونحوهما ، فينسخ النكاح ، ويحصل التحليل
إن صححنا تحليل الصبي وجوزنا إجبار العبد الصغير على النكاح ، وإلا ، فلا .

فرع

إذا قالت المطلقة ثلاثاً : نكحت زوجاً آخر ، فوطئي وفارقني ، وانقضت عدتي منه ، قبل قولها عند الاحتمال . وإن أنكر الزوج الثاني ، وصدق في أنه لا يلزمه إلا نصف المهر ، فكذلك ، لأنها مؤتمنة في انقضاء المدة ، والوطء يمسر إقامة البينة عليه . ثم إن ظن صدقها ، فله نكاحها بلا كراهة . وإن لم يظنه ، استحب أن لا يتزوجها . وإن قال : هي كاذبة ، لم يكن له نكاحها . فإن قال بعده : تبين صدقها ، فله نكاحها . قلت : قد جزم الفوراني بأنه إذا غلب على ظنه كذبها ، لم تحل له . وتابعه الفزالي على هذا ، وهو غلط عند الأصحاب ، وقد نقل الامام اتفاق الأصحاب على أنها تحل وإن غلب على ظنه كذبها إذا كان الصدق ممكناً . قال : وهذا الذي قاله الفوراني غلط ، وهو من عثرات الكتاب ، ولعل الرافعي لم يحك هذا الوجه ، لشدة ضعفه ، ولقول الامام : إنه غلط . قال إبراهيم المروزي : ولو كذبها الزوج والولي والشهود ، لم تحل على الأصح . والله أعلم

فرع

طلق زوجته الأمة ، ثم اشتراها قبل وطء زوج ، لا يحل له وطؤها بملك اليمين على الصحيح ، لظاهر القرآن . قلت : قال العلماء : الحكمة في اشتراط التحليل ، التنفير من الطلاق الثلاث . والله أعلم

الجنس الثالث من الموانع : رق المرأة ، وهو ضربان . رقيقة يملكها ، ورقيقة لا يملكها .

الضرب الاول : مملوكته ، فليس له نكاح من يملكها أو بعضها . ولو ملك بعض زوجته ، انفسخ نكاحه ، وليس لها نكاح من تملك بعضه . ولو ملكت زوجها ، انفسخ نكاحها .

الضرب الثاني : أمة غيره ، فلا تحل للحر إلا بشروط .

أحدها : أن لا يكون تحته حرة يتيسر الاستمتاع بها مسيلة أو كناية. وفي وجهه : لا يمنع كون الكناية تحته . فان لم يتيسر الاستمتاع ، بأن كانت تحته صغيرة ، أو هرمة ، أو غائبة ، أو مجنونة ، أو مجذومة ، أو برصاء ، أو رتقاء ، أو مضناة لا تحتمل الجماع ، فوجهان . أحدهما : يصبح نكاح الأمة ، وهذا أصح عند صاحب « المذهب » ، والفاضل حسين ، وقطع به ابن الصباغ وجماعة من العراقيين . والثاني : المنع ، وبه قطع الامام والنزالي والبنغوي . فعلى هذا ، لا يصبح نكاح الأمة حتى تبين منه الحرية . [الشرط الثاني : أن لا يقدر على نكاح حرة لعدم الحرية ، أو عدم صداقها . فلو قدر على نكاح حرة رتقاء ، أو قرناء ، أو مجنونة ، أو مجذومة ، أو رضعية ، أو معتدة عن غيره ، فله نكاح الأمة على الأصح . ولو قدر على حرة كناية ، لم تحل الأمة على الأصح ، وقول الله تعالى : (ومن لم يستطع منكم طَوْلاً أن ينكح الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ) [النساء : ٢٥] قيد بالمؤمنات ، لأنه الغالب ، لا للاشتراط . ولو قدر على حرة غائبة ، قال الأصحاب : إن كان يخاف العنت في مدة قطع المسافة ، أو يلحقه مشقة ظاهرة بالخروج إليها ، فله نكاح الأمة ، وإلا ، فلا . قال الامام : المشقة المعتبرة ، أن ينسب متحملها في طلب زوجه إلى الاسراف . ولو لم يجد

إلاّ حرة لاترضى إلاّ بأكثر من مهر مثلها ، وهو واجده ، فنقل البغوي: أنه لا ينكح أمة . ونقل التولي جوازه . وقال الامام والغزالي : إن كانت زيادة بعدّ بذلها إسرافاً ، حلت الأمة ، وإلا ، فلا . وفرقوا بينه وبين الماء في التيمم ، بأن الحاجة إلى الماء تتكرر ، وبأن هذا الناكح لا يعدّ مفبوناً .

قلت : قطع آخرون بموافقة المتولي ، وهو الأصح . والله أعلم

ولو لم يقدر على مهر ، ووجد حرة ترضى بمهر مؤجل ، وهو يتوقع القدرة عليه عند الحل ، أو وجد من يبيعه نسيئة مايفي بصداقها ، أو وجد من يستأجره بأجرة معجلة ، أو رضيت حرة بأن ينكحها بلا مهر ، حلت الأمة على الأصح . ولو أقرض مهرها ، لم يجب القبول على المذهب ، لاحتمال المطالبة في الحال . وقيل بالوجهين . ولو رضيت حرة بدون مهر مثلها ، وهو يجده ، لم تحل الامة على المذهب ، لأن المنة فيه قليلة ، إذ العادة المساعدة في المهور . ولو وهب له مال أو جارية ، لم يلزمه القبول ، وحلت الأمة . ومن له مسكن وخدام ، هل له نكاح الأمة ، أم عليه بيعها وصرفها إلى طول حرة ؟ وجهان حكاهما ابن كج .

قلت : أصحابها الأول . والله أعلم

والمال الغائب لا يمنع نكاح الأمة ، كما لا يمنع ابن السبيل الزكاة . ومن هو معسر ، وله ابن موسر ، يجوز له نكاح الأمة إن لم نوجب على الابن إعفائه . وإن أوجبناه ، فوجهان ، لأنه مستغن بمال الابن .

قلت : أصحابها : النع ، وبه قطع جماعة . والله أعلم

الشرط الثالث : خوف العنت ، والمراد به هنا الزنا ، قال الامام : ليس المراد بالخوف أن يغلب على ظنه الوقوع في الزنا ، بل أن يتوقعه لاعلى الندور . وليس المراد بغير الخائف أن يعلم اجتنابه ، بل غلبة الظن بالتقوى ، والاجتناب بها في الخوف ، فمن غلبت عليه شهوته ، وضعف تقواه ، فهو خائف . ومن ضعفت شهوته ، وهو يستبدع الزنا لدين أو مروءة أو حياء ، فهو غير خائف . وإن غلبت شهوته ، وقوي تقواه ، ففيه احتمالان للامام . أحدهما : لا يجوز نكاح الأمة ، وبه قطع الغزالي ، لأنه لا يخاف الوقوع في الزنا . والثاني : إن كان ترك الوقاع يحجر ضرراً أو مرضاً ، فله نكاح الأمة . وأما المحبوب ، فلا يتصور منه الزنا . قال الامام والمتولي : ليس له نكاح الأمة . قال المتولي : فلو نكح حرّ أمة ، فوجدته محبوباً ، وأرادت الفسخ ، فقال الزوج : جبّ ذكري بعد النكاح . فإن كان قوله غير محتمل ، بأن كان الموضع مندملاً ، وقد عقد النكاح أمس ، فالنكاح باطل . وإن كان محتملاً ، فإن صدقته ، فذاك ، وإن كذبه ، فدعواها باطلة لأن مقتضى قولها ، بطلان النكاح من أصله . وقال الروياني في « البحر » : للخصي والمحبوب نكاح الامة عند خوف الوقوع في الفعل المأثوم به ، لأن العنت المشقة .

فرع

القادر على شراء أمة يتسراها ، لا يحل له نكاح أمة على المذهب . ولو كان في ملكه أمة ، لم ينكح أمة قطعاً ، وطرد الحناطي الخلاف فيه ، فعلى المذهب لو كانت الأمة التي يملكها غير مباحة ، فإن وفقت قيمتها بئر حرة ، أو ثمن أمة يتسراها ، لم ينكح الأمة ، وإلا ، فينكحها .

الشروط الرابع : كون الأمة المنكوحة مسلمة ، ولا يشترط كونها مسلم على الأصح ، ويجوز للحر الكتاني نكاح الأمة الكتابية على الأصح ، ويقال : لاظهر ، ولايجوز نكاحها للعبد المسلم على المشهور . وأما نكاح العبد المسلم الأمة المسلمة ، فسيأتي إن شاء الله تعالى في باب [نكاح] الشرك . والعبد الكتاني ، ينكح الأمة الكتابية إن نكحها الحر الكتاني ، وإلا ، فوجهان . أصحها : الجواز .

قلت : ونكاح الحر المجوسي والوثني الأمة المجوسية والوثنية ، كالكتاني الأمة الكتابية ، والله اعلم

فرع

للحر المسلم وطء أمته الكتابية دون المجوسية والوثنية ، كالنكاح في حرائزم .

فصل

من استجمع شروط نكاح الأمة ، ليس له نكاح أمة صغيرة لانوطاً على الأصح ، لأنه لا يأمّن بها العنت . ومن بعضها رقيق كالرقيقة ، لا ينكحها حر إلا بالشرط . ولو قدر على نكاحها ، فهل يباح له نكاح الرقيقة المحضة ؟ فيه تردد الامام ، لأن إرفاق بعض الولد أهون من إرفاق كله . وحكي عن بعض الأصحاب أن من بعضه رقيق كالرقيق ، فينكح الأمة مع القدرة على الحرية ، لأنه كالرقيق في الولاية والنظر .

فصل

ولد الأمة المنكوحة رقيقاً لئلا يملكها ، سواء كان زوجها الحر عربياً أو غيره ، وفي القديم قول أن العرب لا يجري عليهم الرق ، فيكون ولد العربي حراً ، وهل على الزوج قيمته كالمغرور ؟ أم لا شيء عليه لأن السيد رضي حين زوجها عربياً؟ فيه قولان .

فرع

في « فتاوى ، القاضي حسين : أنه لو زوج أمته بواحد طَول حرة ، فأولدها ، فالأولاد أرقاء ، لأن شبهة النكاح كالنكاح الصحيح .

فصل

نكح الحر أمة بشروطه ، ثم أيسر أو نكح حرة ، لا يفسخ نكاح الأمة . وقال المزني : يفسخ .

فصل

جمع حرة حرة وأمة في عقد ، فإن كان ممن لا يحل له نكاح الأمة ، فنكاح الأمة باطل ، ونكاح الحرة صحيح على الاظهر . وإن كان ممن يحل له نكاح الأمة ، بأن وجد حرة تسمح بهر مؤجلاً ، أو بلامهر ، أو بدون مهر المثل ، أو حرة

كناية ، وقلنا : إن هذه الماني لاتمتع نكاح الامة ، بطل نكاح الامة قطعاً ، لاستغنائها عنه .
وفي الحرة طريقان . أظهرهما عند الامام وبه قال صاحب التلخيص : أنه على القوانين .
وقال ابن الحداد وأبو زيد وآخرون : يبطل قطعاً ، لانه جمع بين مرأتين يجوز لإفراد
كل منها ، ولا يجوز الجمع ، فأشبهه الاخنين ، ومن قال بالاول . فرق بأن الاخنين
ليس فيها أقوى [والحرة أقوى] . ولو جمع بين مسلمة ووثنية ، أو أجنبية ومحرم ،
أو خلية ومعتدة أو مزوجة ، فهو كالجمع بين الحرة والامة إن لاتحل له الامة .
وإذا صححنا نكاح من تحل [له] ، فقد سبق فيه تفريق الصفة ، قول : أنها تستحق
جميع المسمى ، وأن المذهب أنها لاتستحق جميعه ، بل تستحق مهر المثل في قول ،
وما يخص مهر مثلها من المسمى إذا وزع على مهر مثلها ومهر مثل الاخرى
في قول . فان قلنا : تستحق جميع المسمى ، فللزواج الخيار في فسخ الصداق
والرجوع إلى مهر المثل كما ذكرنا في باب التفريق . وإن قلنا : تستحق مهر المثل ،
فلا فسخ ، إذ لافائدة [فيه] ، فانه لو فسخ لرجع إليه . وإن قلنا : تستحق حصه
مهر المثل من المسمى ، قال الشيخ أبو علي : إن كان المسمى مما يمكن قسمته ،
كالحبوب ، فلا خيار . وإن كان مما لا يمكن ، كالعبد ، فله الخيار ، لتضرره بالتشقيص .
فان فسخ ، فعليه مهر المثل . واعلم أن الجميع بين من يحل ومن لا يحل ، يتصور
بأن يكون المزوج وليها ، بأن زوج أمته وبنته ، أو كان وكيلاً لوليها ، أو ولي
إحداها ووكيلاً في الأخرى . وموضع الخلاف إذا قال : زواجك هذه وهذه
بكذا ، فقال : قبلت نكاحها بكذا فأمّا إذا قال : زواجك بنتي هذه ، وزواجك أمي
هذه ، فقال : قبلت نكاح بنتك ، وقبلت نكاح أمك ، أو اقتصر على قبول نكاح
البنت ، فنكاح البنت صحيح بلا خلاف ، ولو فصل المزوج ، وقال الزوج : قبلت
نكاحها ، أو جمع المزوج ، وفصل الزوج ، فهل هو كما لو فصلت جميعاً ، أو كما جمعا
جميعاً ؟ وجهان . أصحها : الأول . ولو جمع بين أختين وأمة وهو ممن يحل له

نكاح الأمة ، فنكاح الأختين باطل ، وفي الأمة الخلاف . ولو قال : زوّجتك بنتي ، وبعتك هذا الزق من الخمر بكذا ، فقبلها ، أو زوّجتك بنتي وابني أو فرسي ، أو وهذا الزق ، صح نكاح البنت على المذهب ، لأن المضموم لا يقبل النكاح ، فلغاً . وقيل بطرد القوانين . فأت صححنا ، فلها مهر المثل إن قلنا فيمن جمع بين محلة ومحرم : المحللة مهر المثل . وإن قلنا هناك : لها حصة مهر المثل من المسمى ، فقال البغوي : يجب لها هنا جميع المسمى ، لتعذر التوزيع .

قلت : ولو تزوج أمّتين في عقد ، بطل نكاحها قطعاً كالأختين . وجميع ما ذكرناه في نكاح أمة غيره ، أردنا به غير أمة ولده ، وأما أمة ولده ، ففيها خلاف وتفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في « الباب العاشر » . والله أعلم

الجنس الرابع من الموانع : الكفرة . الكفار ثلاثة أصناف .

أحدها : الكتائبون ، فيجوز للمسلم منا كحّتهم ، سواء كانت الكتائبية ذمية أو حربية ، لكن تكره الحربية ، وكذا الذمية على الصحيح ، لكن أخف من كراهة الحربية . والمراد بالكتائبين : اليهود والنصارى . فأما المتمسكون بكتب مائير الانبياء الاولين ، كصحف شيث وإدريس وإبراهيم وزبور داود صلوات الله وسلامه عليهم ، فلأنحل منا كحّتهم على الصحيح .

الصنف الثاني : من لا كتاب له ولا شبهة كتاب ، كمبدة الاوثان والشمس والنجوم والمظلة والزنادقة والباطنية والمعتقدين مذهب الاباحة وكل مذهب كفر متقدم ، فلأنحل منا كحّتهم .

الصنف الثالث : من لا كتاب لهم ، لكن لهم شبهة كتاب وهم المجوس . وهل كان لهم كتاب ؟ فيه قولان . أشبهها : نعم ، وعلى القولين لأنحل منا كحّتهم ،

لانه لا كتاب بأيديهم ، ولا تيقننه من قبل ، فنحنط . وقال أبو إسحاق وأبو عبيد
ابن حرويه : يحل إن قلنا : كان لهم كتاب ، وهذا ضعيف عند الاصحاب .

فرع

الكتابية كالمسلة في النفقة والقسم والطلاق وعامة أحكام النكاح ، لكن لا توارث
بينها وبين المسلم ، ولا تفسله إذا اعتبرنا نية الفاسل ولم نصحح نيتها . وإذا طهرت
عن حيض أو نفاس ، ألزمها الزوج الاغتسال . فإن امتنعت ، أجبرناها عليه
واستباحها وإن لم تنو ، للضرورة ، كما تجبر المسلة المجنونة . وعن الحلبي تخرجاً
على الاجبار على الفسل ، أن للسيد إجبار أمته الجوسية والوثنية على الاسلام ،
لان حل الاستمتاع يتوقف عليه . والصحيح خلافه ، لان الرق أفادها الامان من
القتل فلا تجبر كالمستأمنة ، وليس كالفسل ، فانه لا يعظم الامر فيه . واختلف نص
الشافعي رضي الله عنه في إجبار زوجته الكتابة على غسل الجنابة . وقال الجمهور :
في إجبارها قولان . وقيل : الاجبار إذا طالت المدة وكانت النفس تعافها ، وعدمه
في غير هذا الحال .

وأما المسلة ، فهي مجبرة على الفسل من الجنابة ، كذا أطلقه النووي .
قلت : ليس هو على إطلاقه ، بل هو فيما إذا طال بحيث حضر وقت صلاة ،
فأما إذا لم تحضر صلاة ، ففي إجبارها القولان ، وهما مشهوران حتى في التنبيه .
والاظهر من القولين الاجبار . والله أعلم

وتجبر المسلة أو الكتابة على التنظف بالاستحذاد ، وقلم الاظفار ، وإزالة
شعر الابط والامساخ إذا تفاحش شيء من ذلك بحيث نفّر التوءات ، فان كان لا يمنع

أصل الاستمتاع ، لكن يمنع كآله ، فقولان كفسل الجنابة ، ويجريان في منع الكتابية أكل الخنزير للاستقذار ، وفي كل ما يمنع كان الاستمتاع . والأظهر أن الزوج المنع منه . وله المنع من أكل ما يتأذى من رائحته كالثوم والكراث على الأظهر . وقيل : قطعاً ، وله المنع من شرب ما تسكر به . وفي القدر الذي لا يسكر القولان ، ويجريان في منع المسلمة من هذا القدر من التبيذ إذا كانت تمتقد لإباحته . وقيل بمنعها قطعاً ، لأن ذلك القدر لا ينضبط ويختلف باختلاف الأشخاص . ومتى تنجس فيها أو عضو آخر ، فله إجبارها على غسله بلاخلاف ليمكنه الاستمتاع به ، وله منعها من لبس جلد الميتة قبل دباغه ولبس ماله رائحة كريهة .

ومنع الكتابية من البيّع والكنائس ، كما يمنع المسلمة من الجماعات والمساجد .

فصل

في صفة الكتابية التي ينكحها المسلم

وهي ضربان ، إسرائيلية ، وغيرها .

[الضرب] الاول : التي ليست من بني إسرائيل ، ولها أحوال .

أحدها : أن تكون من قوم يعلم دخولهم في ذلك الدين قبل تحريفه ونسخه ، فيحل نكاحها على الأظهر . وقبل : قطعاً ، وهؤلاء يقرون بالجزية قطعاً . وفي حل ذبائحهم الخلاف كاللناكحة .

[الحال] الثاني : أن يكون ممن يعلم دخولهم بعد التحريف وقبل النسخ . فان تمسكوا بالحق منه ، وتجنبوا المحرف منه ، فكالحال الأول . وإن دخلوا في المحرف ، لم تحل مناكحتهم على المذهب ، ويقرون بالجزية على الأصح كالجوس وأولى للشبهة .

[الحال] الثالث : أن تكون ممن يعلم دخولهم بعد التحريف والنسخ ، فلا تحل مناكحتهم

قطعاً . فالذين تهودوا أو تنصروا بعد بعثة نبينا ﷺ ، لاينا كحون . وفي اتمهودين بين نبينا وبين عيسى عليها السلام وجهان . أصحابها : المنع ، ومن جوز كأنه يزعم أنا لانعلم كيفية نسخ شريعة عيسى لشريعة موسى صلى الله عليها وسلم ، وهل نسخت كلها أو بعضها ، وهؤلاء لايقرون بالجزية .

الرابع : أن تكون من قوم لايعلم متى دخلوا ، فلا تحل منا كحتهم ، ويقرون بالجزية ، وبذلك حكمت الصحابة رضي الله عنهم في نصارى العرب . هكذا أطلقه عامة الأصحاب من المتقدمين والمتأخرين ، وفيه شيء لا بد من معرفته وسنذكره في الفصل الذي بعد هذا إن شاء الله تعالى .

الضرب الثاني : الكتابية الاسرائيلية . والذي ذكره الأصحاب في طرقهم ، جواز ذكاحها على الاطلاق من غير نظر إلى آباؤها أَدْخَلُوا في ذلك الدين قبل التحريف ، أم بعده ، وليس كذلك ، لانه ليس كل اسرائيلية يلزم دخول آباؤها قبل التحريف ، وإن أشعر به كلام جماعة من الأئمة ، وذلك أن إسرائيل هو يعقوب ﷺ ، وبينه وبين نزول التوراة زمان طويل ، ولسنا نعلم أَدْخَلَ كل بني اسراييل على كثرتهم في زمان موسى ﷺ أم بعده قبل التحريف ، بل في القصص مايدل على استمرار بعضهم على عبادة الاوثان والاديان الفاسدة ، وبتقدير استمرار هذا في اليهود ، فلايستمر في النصارى ، لأن بني اسراييل بعد بعثة عيسى ﷺ منهم من آمن به ، ومنهم من صدَّ عنه فأصر على دين موسى . ثم من المصرين من تنصر على تعاقب الزمان قبل التحريف وبعده ، ولكن كأن الاصحاب اكتفوا بشرف النسب وجعلوه حائراً لنقص دخول الآباء في الدين بعد التحريف ، حتى فارق حكمهم غير الاسرائيليات إذا دخل آباؤهن بعد التحريف . وأما الدخول فيه بعد بعثة نبينا ﷺ ، فلا تفارق فيه الاسرائيلية غيرها كما سنوضحه إن شاء الله تعالى .

وكلام الغزالي يقتضي النظر إلى حال الآباء في الاسرائيليات أيضاً ، حتى يكون نكاح الاسرائيلية التي دخل أول آبائها في ذلك الدين بعد التحريف على قولين ، كغير الاسرائيلية التي دخل آباؤها فيه قبل التحريف ، لكن كلام الاصحاب يخالفه ، فأعرفه وانظر كيف يمكنك تنزيل كلامه على منقول الاصحاب .

فرع

الصائبون طائفة تعد من النصارى ، والسامرة طائفة تعد من اليهود . فإن كانوا يخالفون اليهود والنصارى في أصل دينهم ولايتأولون نص كتابهم ، لم يناكحوا كالجوس . وإن خالفوم في الفروع دون الاصول وتأولوا نصوص كتابهم ، جازت مناكحتهم . هذا هو المذهب ، وهو نصه في المختصر ، وقطع به الجمهور . قال الشيخ أبو علي : وأطلق بعض الاصحاب قولين في مناكحتهم . قال الامام : لا مجال للخلاف فيمن تكفرهم اليهود والنصارى ، ويخرجونهم عنهم ، لكن يمكن الخلاف فيمن جعلوه كالمتدع فينا .

وإذا شككنا في جماعة أيمخالفونهم في الاصول أم الفروع ؟ لم نناكحهم . والصائبون - فيما نقل - فرقان ، فرقه توافق النصارى في أصول الدين ، وفرقة تخالفهم ، وهم الذين أفتى الاصطخري بقتلهم .

فصل

في الانتقال من دين الى دين

هو ثلاثة أقسام .

[القسم] الاول : من دين باطل إلى دين باطل ، وهو ثلاثة أضرب .

أحدها : الانتقال من دين يقر أهله عليه إلى ما يقر أهله عليه ، كتهود نصراني وعكسه ، فهل يقر على ما انتقل إليه بالجزية، أم لا يقبل منه إلا الاسلام أو الدين الذي انتقل منه ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الاول ، ثم الثاني .

قلت : الاصح ، لا يقبل منه إلا الاسلام . والله أعلم

فملى الأول ، تحل ذبيحته . وإن كانت امرأة ، حل للمسلم نكاحها . وإن كانت منكوحة مسلم ، استمر نكاحه . وإن قلنا : لا يقر ، لم تحل ذبيحته ولا نكاحها . وإذا انتقلت منكوحة مسلم ، فمكرمة المسلمة ، فتتجزز الفرقة قبل الدخول وتقف على انقضاء المدة بعده . وإذا قلنا بالقول الثاني والثالث ، وامتنع من الاسلام أو منه ومن الدين الذي انتقل منه ، فقولان . أحدهما : يقتل كالرند ، وأشبهها : يلحق بمأمنه كمن نبذ العهد . ثم هو حرب لنا ، إن ظفرنا به قتلناه . ولو تمجس يهودي أو نصراني ، ففي تقريره وعدمه وما يقبل منه الأقوال . وقيل : يمنع التقرير قطماً ، لكونه دون دينه الأول . فإن لم نقره ، وأبى الرجوع ، ففي القتل والالحاق بالمأمن القولان . وعلى كل حال ، لا تحل ذبيحته ولا نكاحها . وإن كانت منكوحة مسلم ، تنجزت الفرقة إن كان قبل الدخول ، وإلا ، فإن أسلمت قبل انقضاء المدة ، أو عادت إلى دينها وقنعنا به ، دام النكاح ، وإلا ، بان حصول الفرقة من وقت الانتقال . ولو تمجست كتابية تحت كتابي ، فإن كانوا لا يجوزون نكاح المجوس ، فكتمجسها تحت مسلم ، وإلا ، فنقرهما إذا أسلما . ولو تهود أو تنصر مجوسي ، ففي التقرير الأقوال ، فإن منعناه ، فالنفر يسع كما سبق ، ولا تحل ذبيحته ونكاحها بحال ، لأن الانتقال من باطل إلى باطل لا يفيد فضيلة .

الضرب الثاني : انتقال ما يقر عليه إلى ما لا يقر ، كتنوثن يهودي أو نصراني ،

فلا يقر قطعاً . وهل يقنع بموده إلى ما انتقل منه أو دين يقر أهله عليه ، أم لا يقبل إلا الإسلام أو ما انتقل منه ، أم لا يقبل إلا الإسلام ؟ فيه ثلاثة أقوال . وإن كان هذا الانتقال من كتابية تحت مسلم ، انسخ نكاحها إن لم يدخل . وإن دخل فعادت إلى ما يقبل قبل انقضاء العدة ، استمر نكاحها ، وإلا ، تبين الفراق من وقت الانتقال . ولو توثن مجوسي ، لم يقر ، وفيما يقنع به الأقوال .

الضرب الثالث : عكس الثاني ، كهود وثني وتنصره وتمجسه ، فلا يقر ، ولا يقبل منه إلا الإسلام قطعاً كالمرتد ، لأنه كان لا يقر فلا يستفيد بباطل . وإذا تأملت حكم هذه الأضرب ، علمت أن الانتقال من دين باطل إلى باطل ، يبطل الفضيلة التي كانت في الأول ، ولا يفيد فضيلة لم تكن في الأول ، ولكن تبقى الفضيلة التي يشترك فيها الدينان إن قلنا بالتقرير . وعلمت أن كلامهم المطلق في الفصل السابق : أن من دخل في اليهود والتنصر بعد النسخ والتبديل لا يناكح ولا يقر بالجزية ، غير مستمر على إطلاقه ، لأن من تهود أو تنصر اليوم فقد دخل في ذلك الدين بعد النسخ والتبديل ، وقد بينا الخلاف في مناكحته وتقريره بالجزية إذا كان الدخول من دين يقر أهله عليه ، فإذا إطلاقهم هناك وجزمهم بالمتع محمول على ما إذا كان الدخول فيه من دين لا يقر أهله كالوثنية ، وهذا هو البيان الذي سبق الوعد به .

فرع

إذا قبلنا رجوعه إلى غير الإسلام ، في هذه الصورة لانقول له : أسلم أو عاد إلى ما كنت عليه ، بل نأمره بالإسلام ، لكن نتركه إذا عاد إلى غيره .

القسم الثاني : الانتقال من دين حق إلى باطل ، وهو ردة المسلم والعياذ بالله ، فلا يقبل منه إلا الإسلام ، فإن أبي قتل كما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالى ،

ولا يحل نكاح المرتد لاحد . وإذا ارتد الزوجان أو أحدهما قبل الدخول ، تنجزت
الفرقة ، وبمده نقف على العدة . فان جمعها الاسلام قبل انقضائها ، استمر النكاح ،
وإلا ، بان حصول الفرقة من وقت الردة . وفي مدة التوقف ، لا يحل الوطء ،
فلو وطئ ، فلاحد ، وتجب العدة ، وهما عدتان من شخص ، فهو كوطء مطلقته في عدته ،
واجتماعها في الاسلام هنا كرجعته هناك ، فيستمر النكاح إذا جمعها الاسلام في
الحالات التي يحكم فيها بلبوت الرجمة هناك . ولو طلقها في مدة التوقف ، أو ظاهر
منها ، أو آلى ، توفقنا . فان جمعها الاسلام قبل انقضاء العدة ، تبينا صحتها ، وإلا ، فلا .
وليس للزوج إذا ارتدت أن ينكح أختها في مدة التوقف ، ولا أربعاً سواها ،
ولا أن ينكح أمة . فان طلقها ثلاثاً في مدة التوقف ، أو خالها ، جاز له ذلك ،
لأنها إن لم تعد إلى الاسلام ، فقد بات بنفس الردة ، وإلا ، فبإطلاق [أو الخلع] .
القسم الثالث : الانتقال من دين باطل إلى حق ، وهو باب نكاح المشرك
الآتي إن شاء الله تعالى .

فرع

من أحد أبويه كتابي والآخروني ، يقر بالجزية على المذهب . وأما منا كحته ومنا كحة
من أحد أبويه مجوسي والآخريهودي أو نصراني أو ذبيحته ، فان كانت الأم هي
الكتابية ، لم يحل قطعاً ، وكذا إن كان هو الأب على الأظهر ، هذا في صغر
المتولد منها . فأما إذا بلغ وتدين بدين الكتابي منها ، فقال الشافعي رضي الله عنه :
تحل منا كحته وذبيحته . فمن الأصحاب من أثبت هذا قولاً ، ومنهم من قال :
لا أثر لبلوغه ، وحمل النص على ما إذا كان أحد أبويه يهودياً والآخري نصرانياً ،
فبلغ واختار دين أحدهما . ولو تولد بين يهودي ومجوسية ، فبلغ واختار التمجس ،

فمن القفال أنه يمكن منه ، ويجري عليه حكم المجوس . وقال الامام : لا يتمتع أن يقال : إذا أثبتنا له حكم اليهود في الذبيحة والمناكحة أن نمنعه من التمجس إذا منعنا انتقال الكافر من دين إلى دين .

الباب السابع في نكاح المشرک

فيه أربعة أطراف .

[الطرف الأول : فيما يقر عليه الكافر من الانكحة الجارية في الكفر إذا أسلم . فإذا أسلم وتحته أربع كتابيات ، أو أقل ، استمر نكاحهن ، لأنه يجوز ابتدأه في الاسلام ، وسواء في ذلك اليهودي والمجوسي والوثني والحربي والذمي . وإن أسلم وتحته مجوسية أو وثنية أو غيرها ممن لا يجوز نكاحها من الكافرات ، وتخلفت هي ، فإن كان قبل المسيس ، تنجزت الفرقة . وإن كان بعده وأسلمت قبل انقضاء العدة ، استمر النكاح ، وإلا ، تبينا حصول الفرقة من وقت إسلام الزوج . وإن أسلمت المرأة ، وأصر الزوج على كفره ، أي كفر كان ، فالحكم كما لو أسلم وأصرت على التوثن . وإن أسلما معاً ، بقيا على النكاح سواء فيه جميع أنواع الكفر وقبل المسيس وبعده ، والاعتبار في الترتيب والمعينة ، بآخر كلمة الاسلام ، لا بأولها . ولو نكح كافر لابنه الصغير صغيرة ، فإسلام الأبوين أو أحدهما قبل بلوغها كإسلام الزوجين أو أحدهما . ولو نكح لطفله بالغة ، وأسلم أبو الطال والمرأة معاً ، قال البغوي : يبطل النكاح ، لأن إسلام الولد يحصل عقب إسلام الأب ، فيقدم إسلامها على إسلام الزوج ، لكن ترتب إسلام الولد على إسلام الأب ،

لا يقتضي تقدماً وتأخراً بالزمان ، فلا يظهر تقدم إسلامها على إسلام الزوج : قال :
وإن أسلمت عقب إسلام الأب ، بطل النكاح أيضاً ، لأن إسلام الولد يحصل حكماً ،
وإسلامها يحصل بالقول ، والحكمي يكون سابقاً للقولي ، فلا يتحقق إسلامها ممّا .

فرع

حيث توقفنا في النكاح وانتظرنا الحال إلى انقضاء العدة ، فطلق قبل انقضائها ،
فطلاقه موقوف . فإن اجتمع على الإسلام في العدة ، تبين وقوعه . ويعتمد من وقت
الطلاق ، وإلا ، فلا طلاق . وقيل : في الطلاق قولاً وقف العقود . ففي قول :
لا يقع وإن اجتمع في الإسلام قبل انقضاء العدة . وطردها فيما إذا اعتق عبد أبيه
على ظن حياته ، فإن ميتاً ، كما لو باعه على ظن حياته فبان ميتاً . والمذهب
الأول ، لأن الطلاق والعتق قبلان صريح التعليق ، فقبولها تقدير التعليق أولى ،
وكذا يتوقف في الظاهر والايلاء . ولو قذفها ولم يجتمعا على إسلام في العدة ، لم يلاعن ،
ويعزّر إن كانت هي المتخلّفة ، ويحدّ إن كان هو المتخلف .

وإن اجتمع على الإسلام ، فله أن يلاعن لدفع الحدّ أو التعزير . ولو سبق
الزوج إلى الإسلام ، والزوجة وثنية ، فنكح في زمن التوقف أختها المسلمة أو أربماً
سواها ، لم يصح . وكذا لو طلقها رجعية في الشرك ثم أسلم ونكح في العدة
أختها المسلمة أو أربماً سواها ، لأن زوال نكاحها غير متيقن ، فلا ينكح من لا يجوز
الجمع بينها وبينها . وقال المزني : يتوقف فيمن نكحها . فإن أسلمت المتخلفة قبل
انقضاء العدة ، بان بطلان نكاح الثانية ، وإلا ، بان صحته .

وذكر بمض الأصحاب ، أنه على قولي وقف العقود . فعلى قول : هو كما قال
المزني . والمذهب هو الأول ، وهو المنصوص ، وبه قطع الجماهير .

ولو أسلمت المرأة أولاً، ونكح في تخلفه أختها الكافرة ، ثم أسلم مع الثانية، فإن كان بعد انقضاء عدة السابقة ، أقرت الثانية تحته . وإن أسلم قبل انقضاء عدتها ، فله أن يختار من شاء منها ، كما لو أسلم وتحته أختان أسلمتا معه ، وليس كالصورة السابقة ، فانه هناك مسلم عند نكاح الثانية ، فلا ينكح الأخت على الأخت، وهنا وقع النكاحان في الشرك .

فصل

ما ذكرناه أولاً ، كلام جملي في مواضع استمرار النكاح بعد الاسلام وعدم استمراره . والمقصود الآن ، بيان شرط الاستمرار .

فإن لم يقترن شيء من مفسدات النكاح بالعقد الجاري في الشرك ، ولا بحالة عروض الاسلام ، فهو مقرر عليه . فإن كانوا يعتقدون فساد شيء من ذلك ، لم نبال باعتقادهم ، وأدما ما هو صحيح عندنا . وإن اقترن به مفسد ، نظر ، إن كان زائلاً عند الاسلام ، وكانت بحيث يجوز نكاحها حينئذٍ ابتداءً ، استمر عليه ، إلا إذا اعتقدوا فساده وانقطاعه . وإن كان المفسد باقياً وقت الاسلام ، بحيث لا يجوز ابتداء نكاحها ، فلا تقرير ، بل يندفع النكاح ، ويتخرج على هذا الضابط مسائل .

إحداها : عقداً بغير ولي وشهود ، أو أجبر البكر غير الأب والجد ، أو أجبرت الثيب ، أو راجع في القرء الرابع وهم يعتقدون امتداد الرجمة إليه ، فيقر عليه ، إذ لا مفسد عند الاسلام ، ونكاحها الآن جائز .

ولو نكح أمه أو بنته ، أو زوجة أبيه أو ابنه ، أو مطلقة ثلاثاً قبل التحليل ، اندفع النكاح عند الاسلام ، لأنه لا يجوز ابتداءه .

[المسألة] الثانية : [نكح] معتدة غيره ، فان كانت المدة باقية عند الاسلام ، اندفع النكاح ، وإلا استمر . وخص صاحب د الرقم ، هذا التفصيل بمدة النكاح ، قال : وفي عدة الشبهة يقرآن وإن كانت المدة باقية ، لأن الاسلام لا يمنع دوام النكاح مع عدة الشبهة ، ولم يتعرض الجمهور لهذا الفرق ، وأطلقوا اعتبار التقرير بالابتداء . ولو كان نكحها بشرط الخيار لها أو لأحدهما مدة مقدرة ، فان كانت المدة باقية عند الاسلام ، اندفع النكاح ، وإلا ، استمر كالعدة ، وسواء قارن بقية العدة أم مدة الخيار إسلامها أو إسلام أحدها ، حتى لو أسلم أحدها والعدة أو المدة باقية ، ثم أسلم الآخر وقد انقضت ، فلا تقرير ، كذا قاله الصيدلاني ، والامام ، والفزالي ، والبنغوي ، لأن المفسد لاقى إسلام أحدهما فغلب الفساد . وعن القاضي حسين : أن المؤثر اقترانه بإسلامها ، فان اقترن بإسلام أحدهما فقط ، لم يندفع النكاح ، لأن وقت الامساك والاختيار هو حال اجتماعها مسلمين ، والأول أصح .

[المسألة] الثالثة : النكاح المؤقت ، إن اعتقدوه مؤبداً ، أقروا عليه . وإن اعتقدوه مؤقتاً ، لم يقرؤا ، سواء أسلموا بعد تمام المدة أو قبلها ، لأن بعد المدة لانكاح في اعتقادهم ، وقبلها يعتقدونه مؤقتاً ، ومثله لا يجوز ابتداءه .

[المسألة] الرابعة : غضب حربي أو مستأمن امرأة واتخذها زوجة وهم يعتقدون غضبها نكاحاً ، قال القفال : لا يقر ، إذ لا عقد . والصحيح التقرير ، إذ ليس فيه إلا إقامة الفعل مقام القول ، فأشبهه سائر وجوه الفساد . ولو غضب ذمي ذمية ، لم يقر ، لأن على الامام دفع قهر بعضهم بعضاً ، بخلاف الحربي والمستأمن .

فرع

إذا أسلم ، لم يبحث عن شرط نكاحها في الابتداء ، لأنه أسلم خلائق فلم

يسألهم النبي ﷺ عن شروط أنكحتهم ، وأقرم عليها . وأما في حال الاسلام ،
فالوجه : الاحتياط .

فصل

قد سبق بيان ما إذا لم يقرن بالعقد الجاري في الشرك ولا بالاسلام مفسد ،
وما إذا اقرن بالعقد مفسد ، وهذا الفصل لقسم ثالث ، وهو أن لا يقرن بالعقد ،
لكن بطراً مفسد وبقترن بالاسلام ، وفيه مسائل بناها جماعة على أن الاختيار
والامساك كابتداء العقد ، أم كاستدامته ؟ قالوا : وفيه قولان مستنبطان . أظهرهما
عند الأصحاب الأول .

إحدى المسائل : إذا أسلم ، ووطئت زوجته بشبهة ثم أسلمت ، أو أسلمت
ثم وطئت بشبهة ، ثم أسلم قبل انقضاء العدة ، استمر نكاحها على المذهب والمنصوص
وإن كان لا يجوز ابتداء نكاح المعتدة ، لأن عدة الشبهة لا تقطع نكاح المسلم ،
فذا أولى .

[المسألة الثانية: أسلم وأحرم، ثم أسلمت في العدة، فمن النص جواز إمساكها في الاحرام،
وكذا لو أسلم وتحت أكثر من أربع نسوة ثم أسلمن وهو محرم ، له اختيار [أربع]
منهن ، والأصحاب طريقان . أحدهما: القطع بالمنع ، كما لو أسلم وتحت أمة وهو موسر ،
لا يجوز إمساكها ، وهؤلاء حملوا النص على ما إذا أسلمت معاً ثم أحرم الزوج ،
فله الاختيار ، لأنه ثبت قبل الاحرام . وعن روي عنه هذا التأويل ، الأنطاقي ،
وابن سلة . وعن القفال إنكار هذا النص ، وقال : تفحصت كتب الشافعي ،
فلم أجده . والطريق الثاني وهو الصحيح : أن المسألة على قولين . أحدهما: المنع .

وأظهرهما ومختار أكثر الأصحاب : الأخذ بظاهر النص ، لأن عروض الاحرام لا يؤثر كما في نكاح المسلم ، ولأن الامساك استدامة ، فأشبه الرجعة .

[المسألة] الثالثة : نكح في الكفر حرة وأمة ، ثم أسلم وأسلمنا معه ، فالذهب أن الحرية تمنع للنكاح ، ويندفع نكاح الأمة . وسواء نكحها معاً أو مرتباً ، وتندفع الأمة أيضاً باليسار المقارن للاسلام . وقيل : في اندفاعها في الصورتين قولان ، بناءً على الأصل المذكور . والحاصل للفتوى ، أنه متى أسلم وتحتة أمة وأسلمت معه ، أو جمعها الاسلام في العدة ، فإن كان يحل له نكاح الامة أمسكها ، وإن لم يحل ليسار أو أمن العنت ، اندفع نكاحها .

[المسألة] الرابعة : أسلمت بعد الدخول وارتدت ، فإن لم يسلم الزوج حتى انقضت العدة ، بانت باختلاف الدين أولاً ، وتكون العدة من يومئذ . وإن أسلم قبل انقضائها ، سقط حكم تلك العدة من يومئذ ، وتوقف . فإن عادت إلى الاسلام قبل انقضاء العدة من وقت ردتها ، استمر النكاح ، وإلا ، انقطع من يوم الردة ، وكذا لو أسلم الزوج بعد الدخول وارتدت ، إن لم تسلم المرأة إلى انقضاء العدة من وقت إسلامه ، بانت ، وإن أسلمت ، توقفنا ، فإن عاد الزوج إلى الاسلام قبل انقضاء العدة من وقت رده ، استمر النكاح ، وإلا ، حصلت الفرقة من يومئذ . قال الامام : وحكى القفال عن النص أنه يندفع النكاح في إسلام أحد الزوجين وارتداده ، ولا يتوقف ، والمشهور التوقف . وعلى هذا قال البغوي وغيره : الردة يفرق فيها حكم الابتداء والاستدامة ، لان ابتداء نكاح المرنء باطن غير منعقد على التوقف ، وفي الدوام توقفنا ، فالتحقت الردة بالعدة للشبهة والاحرام . وإنما قيل بالتوقف في الردة ، ولم نجوز الاختيار فيها بخلاف الاحرام والعدة ، لأن منافاة الردة للنكاح أشد ، فلما تقطعه ، بخلافها ، ولهذا لا تجوز الرجعة في الردة ، وتجاوز في الاحرام على الأصح . ولو أسلم وتحتة أكثر من أربع ، وارتدت ، ثم أسلمت

النسوة في المدة ، أو أسلم وأسلمن معه ، ثم ارتد قبل الاختيار ، لم يجز أن يختار أربعا منهن في الردة . فان عاد إلى الاسلام في المدة ، فله الاختيار حينئذ .

فرع

قد بان بما ذكرنا ، أن القاطع للنكاح عند الاسلام ، منه ما يكون موجوداً عند العقد واستمر كالمدة ، ومنه ما يطرأ كما لو نكح حرة على أمة ثم أسلم ، أو نكح أمة ثم أسير وأسلم موسراً . ثم هل يشترط في الانقطاع أن يقارن الفساد إسلامها ، أو يكفي اقترانه بإسلام أحدهما ؟ فيه خلاف سبق .
أما القسم الأول : فالأصح الاكتفاء .

وأما الثاني : فقد ذكرنا أن المذهب أنه إذا أسلم ومعه حرة وأمة ، اندفعت الأئمة ، وكذا لو أسلمت الحرة المدخول بها معه أو بعده قبل انقضاء المدة ثم أسلمت الأئمة . ولو أصرت الأئمة حتى انقضت المدة ، اندفعت باختلاف الدين . ولو ماتت الحرة بعد إسلامها ، أو ارتدت ، ثم أسلمت الأئمة ، اندفعت الأئمة أيضاً ، وكفى اقتران إسلام الحرة بإسلامه . ولو أسلم وتحتته أمة وهو موسر ، ثم تلف ماله وأسلمت وهو موسر ، فله إمساكها ، وإنما يؤثر اليسار في الدفع إذا قارن إسلامها جميعاً . وقيل : يكفي اقتران اليسار بإسلامه ، حكى هذا عن أبي يحيى البلخي ، قال : وعكسه لو أسلم موسراً ثم أسلمت وهو موسر ، فله إمساكها نظراً إلى وقت إسلامه . وعن ابن خيران : في اليسار الزائل قولان . وعن القاضي أبي حامد : أن في صورة الحرة والأئمة له إمساك الأئمة ، فحصل خلاف في الصورتين . والمذهب في صورة الحرة والأئمة اندفاع الأئمة وإن ماتت الحرة . وفي صورة زوال اليسار عدم اندفاعها ، واعتبار اقترانه بإسلامها ، لان وقت الاجتماع هو وقت جواز نكاح الأئمة .

فصل

في الأنكحة الجارية في الشرك ثلاثة أوجه ، كذا نقلها الأكثرون ، وسماها
الغزالي أقوالاً ، والصحيح أنها محكوم بصحتها ، قال الله تعالى : (وامراته حمالة
الخطب) [الطه: ٤] (وقالت امرأة فرعون) [القصص: ٩] ولأنهم لو ترفعوا إلينا لم ينطله قطعاً ،
ولم تفرق بينهم ، وإذا أسلموا أقررناهم ، والفساد لا ينقلب صحيحاً ولا يقرر عليه .
والثاني : أنها فاسدة ، لعدم مراعاتهم الشروط ، لكن لانفرق لو ترفعوا ، رعاية للمهد
والذمة ، ونقرم بعد الاسلام تخفيفاً^(١) . والثالث : لانحكم بصحة ولافساد ، بل
نتوقف إلى الاسلام ، فما قرر عليه ، بانت صحته ، وما لا ، ففساده . ومن الأصحاب
من قطع بالصحة . وإذا ثبت الخلاف ، فهل هو مخصوص بالعقود التي يحكم بفساد
مثلها في الاسلام ؟ أم يجري في كل عقودهم ؟ مقتضى كلام المتولي وغيره : التخصيص .
وقال الامام : من يحكم بفساد أنكحتهم ، يلزمه أن لا يفرق بين ماعقدوه بشروطنا
وغيره . والمصير إلى بطلان نكاح يعقد على وفق الشرائع كلها ، مذهب لا يعتقده
ذو حاصل .

قلت : الصواب التخصيص ، بل لم يصرح أحد بطرده في الجميع ، وليس في
كلام الامام لإثبات نقل طرده ، وإنما ألزمه إلزاماً لهم الانفصال عنه بأن الظاهر
إخلافهم بالشروط ، فان تصور علمنا باجتماعها ، حكمنا بالصحة قطعاً . والله أعلم

ويبنى على الأصل المذكور مسألتان .

إحداها : طلق كافر زوجته ثلاثاً ثم أسلم . فان قلنا بالصحيح وهو صحة

(١) في الاصل : ونقرم بعد الاسلام تحقيقاً ، وما أثبتناه من نسخة الظاهرية .

أنكحتهم ، لاتحل إلا بمحلل ، وهذا هو نصه في « المختصر » . وإن قلنا بالفساد ، فالطلاق في الفاسد لا يجوز إلى محلل ، فإذا قلنا بالصحيح ، فنكحت هذه المطلقة زوجاً في الشرك ، ووطئها ثم طلقها ، ثم أسلمت فتزوجها الأول بعد إسلامه ، حلت ، وكذا يحصل التحليل للمسلم بـ : كاح ذمي أو حربي كتابية طلقها المسلم ثلاثاً .

المسألة الثانية : التي يقرر نكاحها بعد الاسلام ، لها المهر المسمى إن كان صحيحاً . فإن كان خمرأً ونحوها ، فسيأتي حكم مهورم الفاسدة إن شاء الله تعالى . ومن اندفع نكاحها بإسلام الزوج ، إن لم تكن مدخولاً بها ، وصححنا أنكحتهم ، فلها نصف المسمى إن كان صحيحاً . وإن كان فاسداً ، فنصف مهر المثل . وإن لم يسم شيئاً ، وجب المتعة . ومن اندفعت بإسلامها ، فلا شيء لها على المشهور . وقيل : قولان . ثانيها : وجوب نصف المهر ، لأنها محسنة بالاسلام ، فهي في معنى من ينسب الفراق إلى تخلفه . وإن أفسدنا أنكحتهم ، فلا مهر مطلقاً ، لأن المهر لا يجب في الفاسد بلا دخول . وإن كانت مدخولاً بها ، وصححنا أنكحتهم ، وجب المسمى إن كان صحيحاً . وإن أفسدناها ، فمهر المثل . ثم عن القفال ، أن من صور الاندفاع من نكح محرماً له ثم أسلم ، وجعل وجوب نصف المهر على الخلاف . ورأى الامام القطع بأنه لا شيء للمحرّم من المهر . قال : ولا نقول : انقعد العقد عليها ثم انفسخ بالاسلام ، وإنما ذلك في الأخت المفارقة من الأختين وفي الزائدات على أربع . والموافق لاطلاق غير الامام موافقة القفال .

فرع

نكح مشرك أختين ، فطلقها ثلاثاً ثلاثاً ، ثم أسلم وأسلمتا ، قال الأصحاب : إن صححنا أنكحتهم ، نفذ الطلاق فيهما ، ولم ينكح واحدة منهما إلا بمحلل . وإن

أفسدناها ، فلانكاح ولاطلاق ، ولا حاجة إلى محلل فيها . وإن توقفتا ، فلو لم يكن طلاق ، لاختار إحداها وبأن بذلك صحة نكاحها وفساد نكاح الأخرى ، فإذا طلقها ، أمر بالاختيار لينفذ الطلاق في المنكوحة ، ويحتاج إلى محلل لها دون الأخرى . ولو أسلم مع أختين ، ثم طلق كل واحدة ثلاثاً ، فهنا يتخير قطعاً ، لأنهم لما أسلموا اندفع نكاح واحدة ، وإنما ينفذ الطلاق في المنكوحة . ولو أسلم قبلها ، أو أسلمنا قبله ، تخير قطعاً ، لأنه والحالة هذه لا يمسك إلا إحداها ، وينسخ نكاح الأخرى من وقت إسلام من تقدم إسلامه منهم . ولو كان تحته أكثر من أربع ، فطلقهن ثلاثاً ثلاثاً ، ثم أسلموا ، فعلى الصحيح ينفذ الطلاق فيهن كلهن ، وعلى التوقف ، يختار أربعاً فينفذ فيهن دون الباقيات . قال الشيخ أبو علي : ولو كان عنده حرة وأمة ، فطلقها ثلاثاً ثلاثاً ، ثم أسلموا ، لم يجز له نكاح واحدة إلا بمحلل . ولو أسلموا ، ثم طلقها ثلاثاً ثلاثاً ، وقع الثلاث على الحرية ، لأنها متعينة ، وتدفع الأمة ، ولا يحتاج فيها إلى محلل . وكذا لو أسلمنا ثم طلقها ثلاثاً ثلاثاً ثم أسلم أو أسلم فطلقها ثلاثاً ثلاثاً ثم أسلمنا ، لأن الإسلام لما جمع الجميع ، بان اندفاع الأمة من وقت إسلام من تقدم إسلامه منهم .

فصل

أصدق فاسداً كخمر أو خنزير ، ثم أسلمنا بعد قبضه ، فلا شيء . وإن أسلمنا قبل قبضه ، وجب مهر المثل . وفي قول : لها مهر المثل وإن قبضته . وفي قول : لا شيء وإن لم تقبض ، والمشهور الأول ، وهو الفرق . وسواء كان المسمى خيراً معينة أو في الذمة . ولو أصدقها حراً مسلماً استرقوه ، ثم أسلمنا قبل قبضه

أو بعده ، لم نقره في يدها ، بل نبطل ما جرى ، ويجب مهر المثل. هكذا ذكروه ،
وقياس ماسبق ، أن يخرج من يدها ، ولا ترجع بشيء ، كما تراق الحجر المقبوضة .
ولو قبضت بعض الفاسد ، ثم أسلما ، وجب من مهر المثل بقسط مالم يقبض ، ولا يجوز
تسليم الباقي من الفاسد . وطريق التقييط ، أن ينظر ، فإن سميا جنساً واحداً وليس
فيه تمدد ، كزق خمر قبضت نصفه ثم أسلما ، وجب نصف مهر المثل . وإن تمدد
المسمى كزقي خمر ، قبضت أحدهما . فإن تساويا في القدر ، فكذلك ، وإلا ،
فهل يعتبر الكيل أو الوزن أو العدد ؟ أوجه . أصحابها : الأول . وإن أصدقها
خنزيرين ، فهل يعتبر العدد أم قيمتها بتقدير ماليتها ؟ وجهان . أصحابها : الثاني .
وإن سميا جنسين فأكثر ، كزقي خمر وكلبين وثلاثة خنازير ، وقبضت إحدى الأجناس ،
فهل ينظر إلى الأجناس ، فكل جنس بثلث ، أم إلى الأعداد ، فكل فرد سبع ، أم إلى
القيمة بتقدير المالية ؟ أوجه . أصحابها : الثالث . وحيث اعتبرنا تقويمها ، فهل طريقه
أن تقدر الحجر خلاً ، والكلب شاة ، والخنزير بقرة ، أم الكلب فهداً ، لاشتراكها
في الاصطيد ، والخنزير حيواناً يقاربه في الصورة والفائدة ، أم تعتبر قيمتها عند
من يجعل لها قيمة كتقدير الحر عبداً في الحكومة ؟ فيه أوجه . أصحابها : الثالث .
ولو ترابى كافران ، فبائه أو أقرضه درهماً بدرهمين ، ثم أسلما أو ترافعا
إلينا قبله ، فإن جرى تقابض ، لم تتعرض لما جرى ولم يلزم الرد ، وإن
لم يجر ، أبطلناه . وإن كان بمد قبض الدرهمين ، سألنا المؤدي ، أقصد أدائه عن الربح ،
أم عن رأس المال ؟ وقد ذكرنا تفصيله في أواخر « كتاب الرهن » . وجميع ما ذكرناه
هو إذا تقابضا بتراض ، فإن أجبرهم قاضيه على القبض في الربا والصدق وثمن
خمر تباعوها ثم أسلموا ، لم نوجب الرد على المذهب ، فالإسلام يجب ما قبله . وإن
ترافعوا إلينا في كفرهم ، فكذلك على الأظهر ، ويقال : الأصح .

فرع

نكحها مفوضة ، ويمتقدون أن لامهر المفوضة بحاله ، ثم أسلم ، فلا مهر وإن كان إسلامها قبل الدخول ، لأنه استحق وطءاً بلامهر .

فصل

إذا ترافع إلينا ذميان في نكاح أو غيره ، إن كانا متفقين الملة ، وجب الحكم بينهما على الأظهر عند الأكثرين ، لقول الله تعالى : (وأن أحكم بينهم بما أنزل الله) [المائدة : ٤٩] ولأنه يجب الذب عنهم كالمسلمين . والثاني : لا يجب ، لكن لانتركهم على النزاع ، بل نحكم أو نردم إلى حاكم ملتهم ، ورجحه الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . وقيل : يجب الحكم بينهم في حقوق الله تعالى ، والقولان في غيرها لثلا تضييع ، وقيل : عكسه ، والأصح طردهما في الجميع . وإن كانا مختلفي الملة ، كيهودي ونصراني ، وجب الحكم على المذهب ، لأن كلاً لا يرضى بملة صاحبه . وقيل بالقولين . ولو ترافع معاهدان ، لم يجب الحكم قطعاً ، وإن اختلف ملتها ، لأنهم لم يلتزموا حكماً ، ولم يلتزم دفع بعضهم عن بعض . وقيل : هما كالذميين . وقيل : إن اختلف ملتها ، وجب ، والمذهب الأول . ولو ترافع ذمي ومعاهد ، فكالذميين . وقيل : يجب قطعاً . وإن ترافع مسلم وذمي أو معاهد ، وجب قطعاً .

فرع

قال الأصحاب على اختلاف طبقاتهم : إن قلنا : وجب الحكم بين الكافرين ،

فاستمدى خصم على خصم ، وجب إعداؤه وإحضار خصمه ليحكم بينهما ، ولزم المستمدى عليه الحضور . وإن قلنا : لا يجب الحكم ، لم يجب الاعداء ، ولا يلزمه الحضور ، ولا يحضر قهراً . قال البغوي وغيره : ولو أقر ذمي بالزنا ، أو سرقة مال مسلم أو ذمي ، حد قهراً إن أوجبنا الحكم بينهم ، وإلا ، فلا يحد إلا برضاه ، فاعتبر الأصحاب الرضى على قول عدم الوجوب ، ولم يعتبروه على قول الوجوب . وأما قول الغزالي : لا يجب الحكم إلا إذا رضا جميعاً ، فردود مخالف لما عليه الأصحاب .

فرع

سواء أوجبنا الحكم بينهم ، أم لا ، وإنما نحكم بحكم الاسلام . وإذا تحاكموا في أنكحتهم ، فنقر مانقره لو أسلموا ، ونبطل ما لانقره لو أسلموا . فإذا نكح بلاولي وشهود ، أو ثيباً بلا إذنها أو ممتدة منقضية المدة عند الترافع وترافعا ، حكمنا بالتقرير والنفقة . فلو كانت بعد في المدة ، أبطلناه ولم نوجب نفقة . ولو نكح مجوسي محرماً ، وترافعا في النفقة ، أبطلناه ولا نفقة . ولو طلبت مجوسية النفقة من الزوج المجوسي أو اليهودي ، فوجهان ، وكذا في تقريرهما على النكاح . أصحابنا : التقرير والحكم بالنفقة ، كما لو أسلما والتزما الأحكام . ووجه المنع ، أنه لا يجوز نكاحها في الاسلام . ولو جاء كافر تحته أختان ، وطلبوا فرض النفقة ، قال الامام : فيه تردد ، لأننا نحكم بصحة نكاحها ، وإنما تندفع إحداها بالاسلام . قال : والذي أدى القطع به المنع ، لقيام المانع ، وحيث لا تقرر في هذه الصور ، فهل يمرض القاضي المرفوع إليه عنها ، أم يفرق بين الزوجين ؟ فيه وجهان . أصحابنا عند الامام : الاعراض ، وإنما يفرق إذا رضا بحكمنا . ووجه التفريق ، أنهم بالترافع أظهروا ما يخالف الاسلام ، كما لو أظهروا الحمر .

فرع

إذا التمسوا من حاكم المسلمين ابتداء نكاح ، أجب إن كانت المرأة كتائية ولم يكن لها ولي كافر ، ولا يزوج إلا بشهود مسلمين .

فرع

قال المتولي : لو لم يتراجع إلينا المجوس ، لكن علمنا فيهم من نكح محرماً ، فالشهور أنه لا يتعرض لهم . وحكى الزيري قولاً ، أن الامام إذا عرف ذلك ، فرق بينهما كما لو عرف أن المجوسي نكح مسلمة أو مرتدة .
الطرف الثاني : فيما إذا أسلم وتحتة عدد من النسوة ، لا يجمع بينهما في الاسلام ، وفيه صور .

[الصورة الأولى : أسلم وتحتة أكثر من أربع نسوة ، وأسلمن معه أو تخلفن وهن كتابيات ، اختار أربعاً منهن ، واندفع في نكاح الباقيات . وإن كن مجوسيات أو وثنيات وهن مدخول بهن ، فتخلفن ثم أسلمن قبل انقضاء العدة من وقت إسلام الزوج ، فكذلك الحكم ، وسواء في هذا كله نكحهن معاً أو مرتباً . وإذا نكحهن مرتباً ، فله إمساك الأخريات ومفارقة الأوليات . وإذا أسلم على أكثر من أربع وهن غير مدخول بهن ، وأسلمن معه أربع ، تقرر نكاحهن ، وارتفع نكاح الباقيات . ولو كان دخل بهن ، فاجتمع إسلامه وإسلام أربع فقط في العدة ، تعين للنكاح ، حتى لو أسلم أربع من ثمان وانقضت عدتهن ، أو متن في الاسلام ثم أسلم الزوج وأسلمت الباقيات في عدتهن ، تعينت الأخريات . ولو أسلم أربع ، ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن ، وتخلفت الباقيات حتى انقضت عدتهن من ذلك لإسلام الزوج ،

أو متن على الشرك ، تعينت الأوليات . ولو أسلم أربع ، ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن ، ثم أسلم الباقيات قبل انقضاء عدتهن من وقت إسلام الزوج ، اختار أربعاً من الأوليات والآخرى كيف شاء . فإن مات الأوليات أو بعضهن ، جاز له اختيار المليات ، ويرث منهم .

فرع

قبل كافر لابنه الصغير نكاح أكثر من أربع نسوة ، ثم أسلم وأسلمن ، اندفع نكاح الزيادة على أربع ، لكن لا يختار الصبي ولا الولي ، لأنه خيار شهوة ، فيوقف حتى يبلغ ، ونفقتن في مال الصبي لحبسهن عليه ، وكذا لو أسلم رجل وحن قبل الاختيار .

الصورة الثانية : أسلم وتحت أم وبنتها ، نكحها معاً أو مرتباً وأسلمنا ، أو لم تسلما وهما كذا بيتان ، فإن كان دخل بهما ، حرمتا أبداً . ولكل واحدة مسها إن جرت تسمية صحيحة ، وإلا ، فمهر المثل . وإن لم يدخل بواحدة منها ، فهل تتمين البنت للنكاح ويندفع نكاح الأم ، أم يتخير إحداها ؟ قولان . أظهرهما عند الأكثرين : الأول ، وهما مبيتان عند الجمهور على صحة أنكحتهما . إن صححناها ، تعينت البنت ، وحرمت الأم أبداً ، وإلا ، تخير . فإن اختار البنت ، حرمت الأم أبداً . وإن اختار الأم ، اندفعت البنت ، لكن لا تحرم مؤبداً إلا بالدخول بأمرها . وأما المهر ، فقال ابن الحداد : إن خيرناه ، فله مفارقة نصف المهر ، لأنه دفع نكاحها بامساك الأخرى . وإن قلنا : تتمين البنت ، فلامهر للأم ، لاندفاع نكاحها بغير اختياره . وقال الفقهاء وغيره : الحكم بالعكس ، إن خيرناه ، فلامهر المفارقة ، لأن التخيير يبنى على فساد نكاحهم ، فالمفارقة كأنه لم ينكحها ، حتى يجوز للأصحاب

لابنه وأبيه نكاحها تفريراً على هذا القول . وإذا لم يكن نكاح ، فلامهر . وإن عينا البنت ، فللأم نصف المهر ، لصحة نكاحها واندفاعه بالإسلام . ومال الامام إلى أنه لامهر على هذا القول أيضاً ، لأنه صح نكاح البنت ، فتصير الأم محرماً ، وإيجاب المهر للمحرّم بعيد ، وقد سبق نظير هذا . وإن دخل بالبنت فقط ، ثبت نكاحها ، وحرمت الأم أبداً ، وللامهر لها عند ابن الحداد ، ولها نصفه عند القفال . إن صححنا أنكحتهم . وإن دخل بالأم فقط ، حرمت البنت أبداً . وهل له إمساك الأم ؟ بنى على القولين إذا لم يدخل بواحدة . إن خيرناه ، أمسكها ، وإلا ، فلا ، ولها مهر المثل بالدخول .

[الصورة] الثالثة : سبق أنه لو أسلم وتخته أمة ، وأسلمت معه ، فله إمساكها . إن كان يحل له نكاح الأمة ، وإلا ، فلا فلو تخلفت ، نظر ، إن كان قبل الدخول ، تنجزت الفرقة كتابية كانت أو غيرها ، لأن المسلم لا ينكح الأمة الكتابية . وإن كان بعد الدخول ، وجمعت المدة إسلامها ، فهو كما لو أسلمت معه . وإن كانت كتابية ، وعتقت في المدة ، فله إمساكها . وإن لم تسلم ، ولا عتقت ، أو كانت وثنية ، ولم تسلم إلى انقضاء المدة ، تبيننا اندفاع النكاح من وقت إسلامه . وإن كان تحت إمام ، فأسلم وأسلمن معه ، اختار واحدة منهن إن كان ممن تحل له الأمة عند اجتماع إسلامه وإسلامهن ، وإلا ، فيندفع نكاحهن ، سواء سبق إسلامه أو سبقته . ولو أسلم وتخته ثلاث ، فأسلمت معه واحدة وهو معسر خائف من العنت ، ثم أسلمت الثانية في عدتها وهو موسر ، ثم أسلمت الثالثة وهو معسر خائف من العنت ، فإن قلنا بالأصح : إن اليسار إنها يؤثر في اندفاع النكاح إذا اقترنت بإسلامها ، اندفع نكاح الثانية ، لفقد الشرط عند اجتماع إسلامه وإسلامها ، ويخير بين الأولى والثالثة . وإن قلنا : يؤثر عند إسلامه فقط ، لم تندفع الثانية ، بل تدخل في التخيير .

فرع

أسلم وتحت إماء ، وأسلمت معه إحداهن ، فله أن يختارها ، وله أن ينتظر الباقيات . فان أصررن على الشرك ، تبينا أنهن بين وقت إسلامه ، وأن عدتهن انقضت . وإن أسلمن في العدة ، نظر، إن كان اختار المسلمة أولاً ، كانت بينوتهن باختياره إياها . وإن لم يكن اختارها ، اختار إحداهن ، واندفع الباقيات . وإن طلق المسلمة أولاً ، كان الطلاق متضمناً اختيارها . ثم إن أصر الباقيات حتى انقضت عدتهن ، بأن أنهن بين باختلاف الدين . وإن أسلمن في العدة ، بأن أنهن بين من وقت الطلاق فانه وقت الاختيار . وإن فسخ نكاح المسلمة أولاً ، لم ينفذ ، لأنه إنما يفسخ إرئاء ، وليس في الحال زيادة ، ثم إن أصررن ، اندفع باختلاف الدين ، ولزم نكاح الاولى . وإن أسلمن في العدة ، اختار من شاء من الجميع . وقيل : لا يجوز اختيار الأولى ، بل تتبين نفوذ فسخه فيها ، والصحيح الاول .

الصورة الرابعة : أسلم وفي نكاحه حرة وأربع إماء مثلاً ، وأسلمن ، نظر، إن أسلمت الحرة معه ، أو كانت مدخولاً بها وأسلمت قبل انقضاء عدتها ، تعينت ، واندفع الاماء ، سواء أسلمن قبله وقبل الحرة أو بعدهما في العدة أو بينها . وإذا تأخر إسلامهن ، فإن أسلمن في العدة ، بين من وقت اجتماع إسلام الزوج والحرة ، وعدتهن من ذلك الوقت . وإن لم يسلمن حتى انقضت العدة ، فبينوتهن باختلاف الدين . وإن لم يجتمع إسلام الحرة وإسلامه في العدة ، بأن أسلم الزوج ، وأصرت هي إلى انقضاء العدة ، أو ماتت في العدة ، أو أسلمن أولاً ونخلف الزوج حتى انقضت عدتها أو ماتت ، فالحكم كما لو لم يكن تحت حرة ، فيختار واحدة من الاماء على التفصيل السابق ،

وفي مدة تخلف الحرة المدخول بها ، لا يختار واحدة من الاماء ، سواء أسلمن معه أو بعده في العدة حتى يشس منها بالموت أو انقضاء العدة . فان اختار واحدة قبل اليأس ، ثم ماتت الحرة ، أو انقضت عدتها وهي مصرة ، فالذهب أنه يجب اختيار جديد ، ولا يبين صحة ذلك الاختيار . هذا كله إذا لم يطرأ عتق الاماء ، فان طرأ قبل اجتماع إسلامه وإسلامهن بأن عتقن ثم أسلم وأسلمن ، أو أسلمن ثم عتقن ثم أسلم ، أو أسلم وعتقن ثم أسلمن ، التحقن بالحرائر الأصلية ، حتى لو أسلمت الحرة ثم أسلمت الاماء المتخلفات بعد عتقهن ، فهو كما لو أسلم على حرار ، فيختار من الجميع أربعاً كيف شاء . وحكى ابن القطان وجهاً فيما إذا أسلم وتحتة حرار وإماء ، فعتق الاماء ثم أسلمن ، أنه لا يجوز إلا اختيار الحرائر الأصلية ، وهذا ضعيف .

ولو تخلفت الحرة واجتمع إسلامه وإسلامهن وعن عتيقات ، فله أن يختارهن . ثم إن أسلمت الحرة المتخلفة في العدة ، بانت باختياره الأربع . وإن لم تسلم ، بانت باختلاف الدين .

وإن أخر الاختيار انتظاراً لإسلام الحرة الأصلية المتخلفة ، فقال الشيخ أبو حامد : هو جائز . قال ابن الصباغ : عندي أنه لامعنى لتأخير اختيار الجميع ، لانه يلزمه نكاح ثلاث منهن لاحالة ، فيختار ثلاثاً . ثم إن أسلمت المتخلفة في العدة ، اختارها أو الرابعة من العتيقات . وإن لم تسلم ، لزمه نكاح الرابعة من العتيقات . ولو أسلم وليس في نكاحه إلا إماء ، وتخلفن وعتقن ثم أسلمن في العدة ، اختار منهن أربعاً كالحرائر الأصلية . ولو أسلمن معه إلا واحدة ، ثم أسلمت المتخلفة في العدة بعدما عتقت ، تصيبت للنكاح كالحرة الأصلية . ولو كان تحتة أربع إماء ، فأسلم معه ثنتان ، وتخلف ثنتان ، فعتقت واحدة من المتقدمتين وأسلمت المتخلفتان على الرق ، اندفعتا ،

لأن تحت زوجها عتيقة ، ولا تندفع الرقيقة المتقدمة ، لأن عتيق صاحبها كان بعد اجتماع اسلامها وإسلام الزوج ، فلا يؤثر في حقها ، فيختار واحدة من المتقدمتين . ولو كان تحتها إماء ، فأسلم الزوج مع واحدة ، ثم عتقت ، ثم عتيق الباقيات ، ثم أسلمن ، اختار أربعاً منهن ، لالتحاقهن بالأصليات ، وليس له اختيار الأولى ، لأنها كانت رقيقة عند اجتماع الاسلامين . ولو كان تحتها أربع إماء ، فأسلم معه اثنتان ، ثم عتقتا وعتقت المتخلفتان ، ثم أسلمتا ، تعين إمساك الآخرين ، واندفعت المتقدمتان . ولو أسلم الزوج وتخلفن ، ثم عتقت اثنتان ، ثم أسلمتا وأسلمت الآخرين ، ثم عتقتا ، تعين إمساك الأولين ، واندفعت المتأخرتان . والنظر في جميع ذلك الى حالة اجتماع الاسلامين ، لأنه حالة إمكان الاختيار .

فصل

عتق الأمة تحت عبد ، يثبت لها الخيار في فسخ النكاح كما سيأتي في الباب الآتي إن شاء الله تعالى . والغرض هنا بيان عتيق المشركة مع إسلامها ، فإذا نكح عبد كافر أمة ، ثم أسلمتا وعتقت ، نظر ، إن عتقت بعد اجتماع الاسلامين ، فهي كسائر الاماء يعتقن تحت العبيد ، وليس هذا من صور الفصل ، وإن عتقت قبل اجتماع الاسلامين وهي مدخول بها ، فلها حالان .

أحدهما : أن تسلم هي أولاً وتعتق ، ويتخلف الزوج ، فليس لها الإجازة ، سواء عتقت ثم أسلمت ، أو أسلمت ثم عتقت ، لأنها معرضة للينونة ، ولا يبطل بهذه الإجازة حقها من الفسخ . وإن اختارت الفسخ في الحال ، جاز ، فإذا فسخت ،

فان أسلم الزوج قبل انقضاء مدة عدتها ، فعدتها من وقت الفسخ ، وتعد عدة حرة ، فان لم تسلم حتى انقضت مدة عدتها ، فعدتها من وقت إسلامها . ويلغو الفسخ بحصول الفرقة قبله ، وتعد عدة حرة إن عتقت ثم أسلمت . وإن أسلمت ثم عتقت ، فهي أمة عتقت في أثناء عدتها ، فهل تعد عدة حرة ، أم عدة أمة ؟ فيه طريقان ، أقربهما الى نص الشافعي رضي الله عنه وبه قطع في « الشامل » وغيره : أنها كالرجعية تعق في أثناء العدة ، والمذهب فيها الاقتصار على عدة أمة ، وموضع بيانها « كتاب العدد » . ولو أرادت تأخير الفسخ إلى أن تبين حال الزوج ، جاز ، ولا يبطل خيارها ، كالرجعية إذا عتقت في العدة والزوج رقيق . ثم إن لم يسلم الزوج حتى انقضت مدة العدة ، سقط الخيار ، وعدتها من وقت إسلامها وهي عدة حرة إن عتقت ثم أسلمت ، وإن أسلمت ثم عتقت ، فهل هي عدة حرة ، أم أمة ؟ فيه الطريقان . وإن أسلم الزوج ، فلها الفسخ ، وتعد من وقت الفسخ عدة حرة .

الحال الثاني : أسلم وتخلفت ، فلها الخيار على الصحيح ، لتضررها بوقه . وقيل : لا خيار لها ، لأن خيار العتق من أحكام الاسلام ، وهي كافرة ، فلا يثبت لها . فاذا قلنا بالصحيح ، فلها تأخير الفسخ والاجازة ، ثم إن أسلمت قبل مضي العدة وفسخت ، اعتدت من وقت الفسخ عدة حرة . وإن لم تسلم حتى انقضت ، تبينا حصول الفرقة من وقت إسلام الزوج . وهل تعد عدة حرة ، أم أمة ؟ فيه الطريقان . وهنا أولى بالحقا بالأمة ، لأنها بائن ليس بيد الزوج من أمرها شيء . ولو أجازت قبل ان تسلم ، لم تصح إجازتها على الصحيح ، لأنها معرضة للبينونة . ولو فسخت ، نفذ الفسخ على الصحيح وقول الأكثرين ، كالحالة الأولى . وقيل : لا ينفذ ، وبه قال ابن سلمة . وهو ظاهر نقل المزي ، لكنه مؤول عند الجمهور .

فرع

أسلم الزوج الرقيق ، هل لزوجه الكافرة خيار ؟ وجهان . أصحابها على ما قال الامام والمتولي : لا ، لأنها رضية بركة ولم يحدث فيها عتق ، والثاني : نعم ، وهو ظاهر نصه ، لأن الرق نقص في الاسلام ، وليس كبير نقص في الكفر . قال الداركي : الخلاف في أهل الحرب ، أما الذمية مع الذمي ، فلا خيار لها قطعاً ، لأنها رضية بأحكامنا . واعلم أن الوجهين جاريان سواء كانت الزوجة حرة أو أمة ، وسواء أسلمت أو لم تسلم اذا كانت كتابية ، كذلك قال البغوي وغيره ، وفي « الوسيط » ذكر الوجهين فيما إذا أسلمت الحرة ، وليس هو بقيد ، فاعلم ذلك .

فصل

العبد الكافر ، إذا أسلم وتحتته أكثر من امرأتين ، فأسلمن معه أو بعده في العدة ، ان دخل بهن ، اختار ثنتين منهن ، سواء كن حرائر أو إماء . فان شاء ، اختار حرتين ، أو حرة وأمة . وإن سبقن بالاسلام ، ثم أسلم في العدة ، فكذلك . ولو طرأ عتقه ، نظر ، إن عتق بعد اجتماع الاسلامين ، لم يؤثر عتقه في زيادة العدد ، فلا يزيد على ثنتين . وإن عتق قبل الاسلامين ، بأن عتق قبل إسلامه وإسلامهن ، أو بينهما ، تقدم اسلامه أو تأخر ، فله حكم الأحرار ، وللزوجات ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يتمحضن حرائر ، فيختار أربعاً منهن . ولو أسلم منهن ثنتان معه ، ثم عتق ثم أسلم الباقيات ، فليس له الا اختيار ثنتين ، إما الأوليين ، وإما ثنتين من الباقيات ، وإما واحدة منها وواحدة منهن . ولو أسلمت معه واحدة ،

ثم عتق ، ثم أسلمت الباقيات ، فله اختيار أربع ، لأنه لم يكمل بإسلام الواحدة عدد العبيد . وحكى ابن القطان وجهاً أنه لا يختار إلا اثنين ، وهو غريب ضعيف .

الحال الثاني : أن يتممض إماء . فان كن قد عتقن عند اجتماع الاسلامين ، اختار منهن أربعاً ، وإلا ، فلا يختار إلا واحدة بشرط الإعسار وخوف العنت . ولو كان تحته أربع إماء ، فأسلمت معه اثنتان ، ثم عتق ، ثم أسلمت المتخلفتان ، لم يختار إلا اثنتين ، لأنه وجد كمال عدد العبيد قبل العتق ، ويجوز اختيار الأولين ، لأنه كان رقيقاً عند اجتماع إسلامه وإسلامها ، ولا يجوز اختيار الآخرين على الصحيح ، وجوزه القاضي حسين ، ولا يجوز اختيار واحدة من الأولين وواحدة من الآخرين على الأصح . ولو أن المتخلفتين عتقتا بعد عتقه ثم أسلمتا ، فله اختيارهما ، وله اختيار واحدة منها ، وواحدة من الأولين لأنها حرتان عند اجتماع الاسلام ، فصار كما لو كان تحته أربع حرائر ، فأسلم معه ثنتان ثم عتق ، ثم أسلمت الآخرتان ، فانه يختار ثنتين كيف شاء . ولو أسلمت معه واحدة من الاماء الأربع ، ثم عتق ، ثم أسلمت البواقي ، قال المتولي : لا يختار إلا واحدة على الصحيح ، وبهذا قطع البغوي ، لكن قياس الأصل السابق جواز اختيار ثنتين ، لأنه لم يستوف عدد العبيد قبل العتق . فاذا قلنا : لا يختار إلا واحدة ، تعينت الأولى ، كذا قاله المتولي والبغوي . قال المتولي : وعلى طريقة القاضي يختار واحدة من الجملة ، وعكس الامام فحكى عن القاضي أن الأولى تتعين . وعن سائر الأصحاب أنه يختار واحدة من الجملة ، قال : وقول القاضي هفوة منه .

ولو عتقت البواقي بعد إسلام الواحدة معه ، ثم أسلمن ، قال البغوي : له إمساك الجميع ، لأنه لم يستوف عدد الرق قبل العتق ، فله إمساك الأولى ، لأنه كان رقيقاً عند اجتماع إسلامه وإسلامها ، والبواقي كن حرائر عند اجتماع إسلامه وإسلامهن ، فله إمساكن ، لأن إدخال الحرائر على الاماء جائز .

الحال الثالث : إذا كن حرائر وإماء ، اندفعت الاماء ، ويختار أربعاً من الحرائر إن زدن على الأربع ، وإلا ، فيمسكن . ولو كان تحته حرتان وأمتان ، فأسلم معه حرة وأمة ، ثم عتق ثم أسلمت المتخلفتان ، لم يختار إلا اثنتين ، لاستيفاء العدد قبل العتق ، وله اختيار الحرتين ، واختيار الأمة الأولى مع حرة ، وليس له اختيار الثانية مع حرة .

الطوف الثالث : في ألفاظ الاختيار وأحكامه .

أما ألفاظه ، فكقوله : اخترت نكاحك ، أو تقرير نكاحك ، أو حبسك ، أو عقدك ، أو اخترتك ، أو أمسكتك ، أو أمسكت نكاحك ، أو ثبت^ه [نكاحك] أو ثبتك ، أو حبستك على النكاح . وكلام الأئمة يقتضي أن جميع هذا صريح ، لكن الأقرب أن يجعل قوله : اخترتك وأمسكتك من غير تعرض للنكاح كناية .

ولو كان تحته ثمان مثلاً ، وأسلمن معه ، فاختر أربعاً منهن للفسخ وهو يريد حله بلا طلاق ، لزم نكاح الباقيات وإن لم يتلفظ فيهن بشيء .

ولو قال لأربع : أريدكن ، ولأربع : لا أريدكن ، قال المتولي : يحصل التعيين بذلك . وقياس ما سبق حصول التعيين بمجرد قوله : أريدكن .

فروع

الفرع الأول : طلق واحدة منهن ، أو أربعاً ، كان تعييناً للنكاح ، لأن المنكوحة هي التي تخاطب بالطلاق ، فتدفع الأربع المطلقات بالطلاق ، والباقيات بالفسخ بالشرع .

ولو طلق أربعاً غير معينات ، أمر بالتعيين . فاذا عين ، فالحكم ما ذكرنا ،

هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور . وفي « التتمة » وجه : أن الطلاق ليس تعييناً للنكاح .

ولو آلى أو ظاهر من واحدة أو عدد ، فوجهان . أحدهما : أنه تعيين لنكاحهن ، وأصحها : لا ، لأن الأجنبية تخاطب به ، بل هو بها ألتق . فعلى هذا ، إن اختار من ظاهر منها ، أو آلى للنكاح ، صح الظهار والايلاء ، ويكون ابتداء مدة الايلاء من وقت الاختيار ، ويصير عائداً إن لم يفارقها في الحال .

ولو قذف إحداهن ، لزمه الحد إن كانت محصنة ، ولا يسقط إلا بالينة إن اختار غير المقدوفة ، وإن اختارها ، سقط بالينة وباللعان .

[الفرع الثاني : قال : فسخت نكاح هذه ، أو هؤلاء الأربع ، أو قال : اخترت هذه للفسخ ، أو هذه للفسخ من غير لفظ « اخترت » ، فإن أراد الطلاق ، فهو اختيار للنكاح ، وإن أراد الفراق ، أو أطلق ، فهو اختيار للفسخ . ولو قال لواحدة : فارقتك ، فالأصح أنه فسخ ، وبه قال الشيخ أبو حامد ، ورجحه ابن الصباغ والمتولي وغيرهما . وعن القاضي أبي الطيب أنه كقوله : طلقتك ، لأنه من صرائح الطلاق .

الفرع الثالث : لو اختار الجميع للنكاح أو الفسخ ، فهو لغو ، ولو طلق الجميع ، وقع على المنكوحات ويعيّنهن .

الفرع الرابع : قال : إن دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح أو للفسخ ، لم يصح ، لأن تعليق الاختيار باطل ، فانه إما كالأبتداء ، كالنكاح ، وإما كالرجعة . وقيل : يصح تعليق الفسخ كالطلاق ، وهو ضعيف .

ولو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فالصحيح جوازه ، تغلياً لحكم الطلاق ، ويحصل اختيارها ضمناً ، فانه يحتمل في الضمني ما لا يحتمل استقلالاً .

ولو قال : إن دخلت الدار فنكاحك مفسوخ ، إن أراد الطلاق نفذ ، وإلا لغا .
ولو قال : كلما أسلمت واحدة فقد اخترتها للنكاح ، لم يصح . ولو قال :
فقد طلقها ، صح على الأصح . ولو قال : فقد فسخت نكاحها ، إن أراد حله
بلا طلاق ، لم يجوز ، لأن تعليق الفسخ لا يجوز ، وإن أراد الطلاق ، جاز .
وإذا أسلمت واحدة ، طلقت وحصل اختيارها ضمناً ، وهكذا إلى تمام الأربع ،
وتدفع الباقيات ، وفي وجهه : لا يصح تفسير الفسخ بالطلاق ، وهو ضعيف .

[الفرع] الخامس : لا يكون الوطء اختياراً للمطوعة على المذهب ، لأن
الاختيار هنا كالابتداء ، ولا يصح ابتداء النكاح بل استدامته إلا بالقول ، فان
الرجعة لا تحصل بالوطء . فلو وطئ الجميع وجعلناه اختياراً ، كان مختاراً للأوليات ،
وعليه المهر للباقيات ، وإن لم نجعله اختياراً ، اختار أربعاً منهن وغرم المهر للباقيات .
الفرع السادس : قال : حصرت المختارات في هؤلاء الست أو الخمس ،
انحصرن ويندفع نكاح الباقيات .

فرع

أسلم على ثمان وثنيات ، فأسلم معه أربع ، وتختلف أربع ، فعين الأوليات
نكاح ، صح التعيين . فان أصرت المتخلفات ، اندفعن من وقت إسلامه ، وإن
أسلمن في العدة ، قال البغوي : تقع الفرقة باختيار الأوليات ، وقال الامام :
نتبين اندفاعهن باختلاف الدين ، لكن نتبين تعيينهن من وقت تعيينه للأوليات .
وهذا هو الموافق لأصول الباب .

وإن طلق الأوليات ، صح وتضمن اختيارهن ، وينقطع نكاحهن بالطلاق ،
ونكاح الأخريات بالفسخ بالشرع .

وإن قال : فسخت نكاحهن ، فإن أراد به الطلاق ، فكذلك ، وإن أراد حله بلا طلاق ، فهو لغو ، لأن الحل هكذا إنما يكون فيما زاد على أربع . فإن لم تسلم المتخلفات ، تعين الأوليات ، وإن أسمن ، اختار من الجميع أربعاً ، وللمسلمات أن يدعين : أنك إنما ^(١) أردت طلاقاً ، ويحلفه ، وللمتخلفات أيضاً أن يدعين إرادة الطلاق وبينونتهن بالفسخ الشرعي ويحلفه . وفي وجه : لا يلغو الفسخ ، بل هو موقوف ، إن أصررن حتى انقضت العدة ، لغا ، وإن أسمن فيها ، تبينا نفوذه في الأوليات ، وتعين الأخريات للنكاح ، والصحيح الأول . ولو عين المتخلفات للفسخ ، صح ، وتعينت الأوليات للزوجة . وإن عين المتخلفات للنكاح ، لم يصح ، لأنهن وثنيات وقد لايسمن . وعلى وجه الوقف : ينعقد الاختيار موقوفاً ، فإن أسمن ، بانت صحته . ولو أسلم على ثمان وثنيات ، فتخلفن ، ثم أسمن متعاقبات في عُددهن ، وهو يقول لكل من أسمت : فسخت نكاحك ، فإن أراد الطلاق ، صار مختاراً للأوليات ، وأن أراد حله بلا طلاق ، فهو على الصحيح لغو في الأربع الأوليات ، نافذ في الأخريات ، لأن فسخ نكاحهن وقع وراء العدد الكامل فنفذ . وعلى وجه الوقف : إذا أسمت الأخريات ، تبينا نفوذ الفسخ في الأوليات . ولو أسلم معه من الثمان خمس ، فقال : فسخت نكاحهن ، فإن أراد الطلاق ، صار مختاراً لأربع منهن وبن بالطلاق ، وعليه التعيين ، وإن أراد حله بلا طلاق ، انفسخ نكاح واحدة لابعينها ، فإذا أسمت المتخلفات في العدة ، اختار من الجميع أربعاً . ولو قال : فسخت نكاح واحدة منكن ، إن أراد الطلاق ، صار مختاراً لواحدة لابعينها ، فيعينها ويختار للنكاح من الباقيات ثلاثة . وإن أراد حله بلا طلاق ، انفسخ نكاح واحدة فيعينها ، ويختار من الباقيات أربعاً . وإن انفسخ نكاح اثنتين منهن غير معينتين ، وأراد حله بلا طلاق ،

(١) في الأصل : إن .

انفسخ نكاح واحدة فيعينها ، ويختار من الباقيات أربعاً . فلو عين ثنتين ، انفسخت واحدة منها فيعينها ، وله اختيار الأخرى مع ثلاث أخر . ولو اختار الخمس كلهن ، تعينت المنكوحات فيهن ، فيختار منهن أربعاً .

فصل

أما حكم الاختيار ، فإذا أسلم على أكثر من أربع ، وأسلمن معه أو بعده في العدة ، أو كن كتابيات ، وقعت الفرقة بينه وبين الزيادة على أربع بالاسلام ، ويجب عليه الاختيار والتعين ، وإن امتنع ، حبس . فان أصر ولم ينفع الحبس ، عزّر بما يراه القاضي من الضرب وغيره . وعن ابن أبي هريرة : أنه لا يضرب مع الحبس ، بل يشدد عليه الحبس ، فان أصر ، عزّر ثانياً وثالثاً إلى أن يختار . فان جن أو أغمي عليه في الحبس ، خلّي حتى يفيق ، ولا يختار الحاكم عن الممتنع ، لأنه خيار شهوة . قال الإمام : وإذا حبس ، لا يعزر على الفور ، فلعله يؤخر ليفكر ، وأقرب معتبر فيه مدة الاستتابة . واعتبر الروياني في الامهال الاستنظار فقال : ولو استمهل ، أمهله الحاكم ثلاثة أيام ولا يزيد ، ويلزمه نفقة جميعهن إلى أن يختار ، لأنهن في حبسه .

فرع

مات قبل التعيين ، فإن لم يكن دخل بهن ، فعلى كل واحدة أن تعتد بأربعة أشهر وعشر ، وإن دخل بهن ، فعدة الحامل بالحل .
وأما غير الحامل ، فمن كانت من ذوات الأشهر ، اعتدت بأربعة أشهر وعشر ، وإن كانت من ذوات الأقراء ، لزمها الأكثر من ثلاثة أقراء وأربعة أشهر وعشر .

ثم الأشهر تعتبر من موته . وفي الآخر ، وجهان ، ويقال : قولان ، أحدهما : كذلك ،
لأننا لانتيقن شروعا في العدة قبل ذلك ، وأصحها : الاعتبار من وقت إسلامها
إن أسلمت معاً ، وإلا ، فمن إسلام سابق ؛ لأن الأقراء إنما تجب ، لاحتمال أنها
مفارقة بالإنفساخ ، وهو يحصل من يومئذ .

فرع

مات قبل التعيين ، وقف لمن ربع ماله أو ثمنه ، عائلاً أو غير عائل بحسب
الحال إلى أن يصطلحن ، فيقسم بينهما بحسب اصطلاحهن بالتساوي أو التفاضل . وعن
ابن سريج : أنه يوزع بينهما ، لأن البيان غير متوقع وهن معترفات بالاشكال ،
وبأنه لا ترجيح ، ومال الامام إلى هذا الوجه . والصحيح الذي عليه الجمهور هو
الأول ، فإن كن ثانياً وفيهن صغيرة ، أو مجنونة ، صالح عنها وليها ، وليس له
المصالحة على أقل من ثمن الموقوف ، وله المصالحة على الثمن على الأصح . وقيل :
لا يصالح على أقل من الربع . ثم المصالحة إذا اصطلحن كلهن ، فلو طلب بعضهن
شيئاً بلا صلح ، لم ندفع إلى المطالبة شيئاً إلا باليقين . ففي ثمان نسوة ، لو طلب
أربع منهن ، لم نعطين ، فإن طلب خمس ، أعطيناهن ربع الموقوف ، وإن طلب
ست ، فنصفه ، وسبع ، ثلاثة أرباعه ، ولهن قسم ما أخذن والتصرف . وهل
يشترط في الدفع أن يبرئن عن الباقي ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، ونسبه ابن
كعب إلى النص لتقطع الخصومة ، وأصحها . لا . فعلى الأول ، يعطى الباقي
للاثلاث ، ويرتفع الوقف ، وكأنهن اصطلحن على القسمة هكذا .

هذا كله إذا علمنا استحقاق الزوجات الارث . أما إذا أسلم على ثمان كتابيات ،
فأسلم معه أربع ، أو كان تحته أربع كتابيات وأربع وثنيات ، فأسلم معه الوثنيات ،

ومات قبل الاختيار ، فوجهان ، أصحابها وهو المنصوص : لا يوقف شيء للزوجات ، بل يقسم كل التركة بين باقي الورثة ، لأن استحقاق الزوجات غير معلوم ، لاحتمال أنهن الكتابيات . والثاني : يوقف ، لأن استحقاق سائر الورثة قدر نصيب الزوجات غير معلوم ، واختاره ابن الصباغ ، وهو قريب من القياس .

قلت : المختار المقيس هو الأول ، لأن سبب الارث في سائر الورثة موجود وشكنا في المزاحم ، والأصل عدمه ، وإرث الزوجات لم نتحققه ، والأصل عدمه .

ويجري الوجهان فيما لو كان تحته مسالة وكتابية ، فقال : إحداهما طالق ومات قبل البيان .

فرع

ومات ذمي عن أكثر من أربع نسوة ، قال صاحب « التلخيص » : الربع أو الثمن لمن كلهن ، وقال آخرون : لا يرث منهن إلا أربع ، فيوقف بينهما حتى يصطلحن ، ويجعل الترافع إلينا بمثابة إسلامهم . وبني القفال الخلاف على صحة أنكحتهم . فإن صححناها ، ورث الجميع ، وإلا ، لم يرث إلا أربع . ولو نكح مجوسي أمه أو بنته ومات ، قال البغوي : منهم من بنى التوريث على هذا الخلاف ، والمذهب القطع بالمنع ، لأنه ليس بنكاح في شيء من الأديان ، ولا يتصور التقرير عليه في الاسلام .

فرع

المتعينات للفرقة للزيادة على أربع ، هل تحسب عدتهن من وقت الاختيار ، أم من وقت إسلام الزوجين إن أسما معاً ، وإسلام السابق إن تعاقبا ؟ فيه وجهان ، أصحابها : عند الجمهور الثاني ، خلافاً للبغوي .

الطرف الرابع : في النفقة والمهر .

أما النفقة ، فإن أسلم الزوجان معاً ، استمرت النفقة كما يستمر النكاح ، وإن أسما متعاقبين بعد الدخول - والصورة إذا كانت الزوجة مجوسية أو وثنية - فإن أسلم قبلها ، فإن أصرت حتى انقضت عدتها ، فلا نفقة ، لأنها ناشئة بالتخلف ، وإن أسامت في العدة ، استحققتها من وقت الاسلام ، ولا تستحقها لمدة التخلف على الجديد الأظهر . فعلى هذا ، لو اختلفا ، فقال : أسامت اليوم ، فقالت : بل من عشرة أيام ، فالقول قوله ، للأصل ، وكذا إذا قلنا بالقديم ، فقال : أسامت بعد العدة فلا نفقة ، وقالت : بل فيها ، فالقول قوله .

أما إذا أسامت قبله ، فإن أسلم قبل انقضاء العدة ، فلها النفقة لمدة التخلف على المشهور ، وقيل : الصحيح ، لأنها أدت فرضاً مضيقاً ، فهو كصوم رمضان . وإن أصر حتى انقضت العدة ، استحققت نفقة مدة العدة على الأصح عند الجمهور ، وهو المنصوص في « المختصر » . ولو قال : أسامت أولاً ، فلا نفقة لك ، فادعت العكس ، فمن المصدق بيمينه ؟ وجهان . أصحابها : هي ، لأن النفقة كانت واجبة وهو يدعي مسقطاً .

فرع

ارتدت بعد الدخول ، فلا نفقة لزمن الردة لنشوزها ، سواء عادت إلى الاسلام في العدة ، أم لا ، ولا يجيء القول القديم .

قلت : ذكر صاحب « المذهب » وآخرون طريقين ، أحدهما : طرد القولين القديم والجديد . والله أعلم

وإن ارتد ، فعليه نفقة مدة العدة ، وإن ارتدا معاً ، قال البغوي : لانهقة ، ويشبه أن يجيء فيه خلاف ، كنشطر المهر .

فصل

أما المهر ، إذا أسلم أحدهما قبل الدخول أو بعده ، فسبق بيانه عند ذكر الخلاف في صحة أنكحهم . فلو قالت : سبقتي بالاسلام قبل الدخول ، فعليك نصف المهر ، فادعى العكس ، صدقت يمينها ، لأن الأصل بقاء نصف الصداق . ولو ادعى سبقها ، فقالت : لا أدري أينما سبق ، لم يتمكن من طلب المهر . فإن عادت وقالت : علمت أنه سبق ، صدقت يمينها وأخذت النصف . ولو اعترفا بالجهل بالسابق ، فلا نكاح ، لاتفاقهما على تعاقب الاسلام قبل الدخول . ثم إن كان ذلك قبل قبض المهر ، لم يتمكن من طلبه ، لاحتمال سبقها ، وإن كان بعده ، لم يتمكن هو من استرداد النصف ، لاحتمال سبقه فيقر النصف في يدها ، حتى يتبين الحال . ولو اختلفا في بقاء النكاح ، فقال : أسلمنا معاً ، فالنكاح باقٍ ، وقالت : بل متعاقين ولا نكاح ، فقولان . أظهرهما : القول قوله ، والثاني : قولها ، لتعارض الأصل والظاهر . فإن

قلنا : القول قولها ، نظر ، إن قالت : أسلمت قبلي ، حلفت على البت أنها ما أسلمت وقت إسلامه ، وإن قالت : أسلمت قبلك ، حلفت على نفي العلم بإسلامه يوم إسلامها . ولو اختلفا على العكس ، فقالت : أسلمنا معاً ، فقال : بل متعاقبين ، فلا نكاح ، لاعترافه ، وهي تدعي نصف المهر . وفي المصدق منها القولان . ولو قال : لاندري أسلمنا معاً أو متعاقبين ، استمر النكاح .

فرع

أسلمت بعد الدخول ، ثم أسلم هو وادعى أن إسلامه سبق انقضاء العدة ، وادعت العكس ، فهذا يتصور على أوجه .

أحدها : أن يتفقا على وقت انقضاء العدة ، كغرة رمضان ، فادعى إسلامه في شعبان ، وقالت : بل في خامس رمضان ، فالقول قولها ، لأن الأصل بقاء كفره .
والثاني : أن يتفقا على وقت إسلامه ، كغرة رمضان ، وقال : انقضت عدتك في خامس رمضان ، وقالت : بل في شعبان ، فالقول قوله يمينه .

الثالث : أن لا يتفقا على شيء ، واقتصرت على أن إسلامي سبق ، واقتصرت على أن عدتي سبقت ، فالنص أن القول قوله ، ونص فيما إذا ارتد ، ثم أسلم ، وادعى أنه أسلم في العدة ، وادعت انقضاءها قبل إسلامه ، وفيما إذا قال : راجعتك في العدة ، فقالت : بل بعدها ، أن القول قولها . وللأصحاب طرق . أحدها : طرد قولين في المسائل الثلاث ، هل القول قوله ، أم قولها ؟ والثاني : أن النصين على حالين . فإن اتفقا على وقت إسلامه أو رجعته ، واختلفا في انقضاء العدة ، فالقول قوله . وإن اتفقا على وقت انقضاء العدة ، واختلفا في أنه أسلم أو راجع قبله ، فالقول قولها . والطريق الثالث وهو الأصح وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق ، ورجحه

الشيخ أبو حامد والبغوي وغيرهما : أن من سبق بالدعوى ، فالقول قوله ، وعليه ينزل النص في المسائل الثلاث ، لأن المدعي أولاً مقبول ، فلا يرد بمجرد قول آخر . وزاد البغوي فيما إذا سبق دعواه فقال : إن ادعت بعد أن مضى بعد دعواه زمن ، فهو المصدق . فان اتصل كلامها بكلامه ، فهي المصدقة .

فرع

نص الشافعي رضي الله عنه ، أن الزوج لو أقام شاهدين على أنها جميعاً أسماً حين طلعت الشمس يوم كذا ، أو حين غربت ، قبلت شهادتهما واستمر النكاح . وإن شهدا أنها أسما مع طلوع الشمس ، أو مع غروبها ، لم يحكم بهذه الشهادة ، لأن حين طلوعها وغروبها يتناول حالة تمام الطلوع أو الغروب ، وهي حالة واحدة . وقوله : مع الطلوع يصدق من حين يأخذ في الطلوع ، فيجوز أن يكون إسلام أحدهما مقارناً لطلوع أول القرص ، وإسلام الآخر مقارناً بطلوع آخره .

فرع

نكحت في الكفر زوجين ، ثم أسلما ، فإن ترتب النكاحان ، فهي زوجة الأول ، فان مات الأول ثم أسلمت مع الثاني وهم يعتقدون جواز التزويج بزوجين ، ففي جواز التقرير وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحابها التقرير . والله أعلم

وإن وقع النكاحان معاً ، لم تقر مع واحد منها ، سواء اعتقدوا جوازه ، أم لا . وفيما إذا اعتقدوه وجه : أن المرأة تختار أحدهما ، كما لو أسلم على أختين ، وبالله التوفيق .

الباب الثامن

في مثبتات الخيار في النكاح

أسبابه المتفق عليها أربعة : العيب ، والغرور ، والعق ، والتعنين . وقرلنا :
« المتفق عليها ، احتراز بما إذا زوج الأب أو الجد بكراً بغير كفٍّ وصحنا
النكاح ، فلها الخيار . ولو زوج الصغير من لاتكافئه ، وصحناه ، فله الخيار
إذا بلغ . ولو ظنها مسلمة ، فكانت كتابية ، فله الخيار على رأي .

والتعنين أحد العيوب ، إلا أنه يختص بأحكام ، كضرب المدة وغيره ، فيئن
الأصحاب في « فصل العيوب » أنه أحدها ، وأفردوه بالذكر لاختصاصه بأحكام .

السبب الأول : العيب ، العيوب المثبتة للخيار ثلاثة أقسام .

أحدها : يشترك فيه الرجال والنساء ، وهو ثلاثة : البرص ، ولا يلتحق به
البهق . والثاني : الجذام ، وهو علة صعبة يجرئ منها العضو ثم يسود ثم ينقطع
ويتناثر ، نسأل الله الكريم العافية ، ويتصور ذلك في كل عضو ، لكنه في الوجه
أغلب . ثم حكى الإمام عن شيخه ، أن أوائل البرص والجذام لا يثبت الخيار ،
وإنما يثبت إذا استحكما . وإن استحكام الجذام إنما يحصل بالقطع . وتردد الامام
في هذا وقال : يجوز أن يكتفى بأسوداد العضو ، وحكم أهل المعرفة باستحكام
العلة . الثالث : الجنون منقطعاً كان أو مطبقاً ، ولا يلحق به الاغماء بالمرض إلا أن
يزول المرض ويبقى زوال العقل . قال الامام : ولم يتعرضوا في الجنون لاستحكامه ،
ولم يراجعوا أهل المعرفة أهو مرجوئ الزوال ، أم لا ؟ ولو قيل به لكان قريباً .
ومنى وجد أحد الزوجين بالآخر هذه العيوب ، فله فسخ النكاح قل ذلك العيب
أم كثر . ولو تنازعا في قرحة ، هل هي جذام ؟ أو في بياض هل هو برص ؟

خالقول قول المنكر ، وعلى المدعي البيئة ، ويشترط كون الشاهدين عالين بالطب .
القسم الثاني : مختص به وهو الجب والتعنين .

الثالث : مختص بها وهو الرتق والقرن ، فالرتق : انسداد محل الجماع باللحم ،
والقرن : عظم في الفرج يمنع الجماع ، وقيل : لحم ينبت فيه ، ويقول الفقهاء « القرن »
بفتح الراء وهو في كتب اللغة باسكانها .

قلت : يجوز الفتح والإسكان ، فالفتح على المصدر وهو هنا أحسن لأنه أنسب
لكون قرائنه مصادر وهي الرتق والبرص ونحوهما ، وقد أوضحت هذه اللفظة أكمل
إيضاح في « تهذيب الاسماء واللغات » ونقلت أقوال أهل اللغة فيها وحاصله ، جواز
الأمرين وترجيح الفتح . والله أعلم

وليس للزوج إجبار الرتقاء على شق الموضع ، فلو فعلت وأمكن الوطء ،
فلا خيار كذا أطلقوه ، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا علم عيب
المبيع بعد زواله .

فجملة هذه العيوب سبعة ، يمكن في حق كل واحد من الزوجين خمسة ،
وما سواها من العيوب لاخيار فيه على الصحيح الذي قطع به الجمهور . وقال زاهر
السرخسي : الصنان والبخر إذا لم يقبلا العلاج يثبتان الخيار ، وقال : كذا
العذيتوط والعذيوطة ، يثبت به الخيار . والعذيوط ، من يخرج عنه الغائط عند
الجماع . وزاد القاضي حسين : غيره فأثبتوا الخيار بالاستحاضة ، وبالعيوب التي
تجتمع فتتفرق تنفير البرص ، ونكسر سورة التائق ، كالقروح السيالة وما في معناه
ويقال : إن الشيخ أبا عاصم حكاه قولاً للشافعي رحمة الله عليه .

أما إذا وجد أحدهما الآخر خنثى قد زال إشكاله ، ففي ثبوت الخيار قولان .
أظهرهما : المنع لأنه لا يفوت مقصود النكاح ، وموضع القولين إذا اختار الذكورة
أو الأنوثة بغير علامة ، لأنه قد يخرج بخلافه . فأما إذا اتضح بعلامة ، فلا خيار ،
هذا هو الأصح . وقيل : القولان أيضاً فيما إذا اتضح بعلامة مظنونة ، فإن كان
بقطعية وهي الولادة ، فلا خيار . وقيل : القولان مطلقاً ، وإن كانت العلامة قطعية
لمعنى النفرة .

ولا خيار بكونه أو كونها عقياً ، ولا بكونها مفضاة ، والافضاء : رفع ما بين
مخرج البول ، ومدخل الذكر .

فصل

إذا ظهر بكل واحد منها عيب مثبت للخيار ، فإن كانا من جنسين ، فلكل
واحد منها الخيار إلا إذا كان مجبوباً وهي رتقاء ، فهو كالجنس الواحد كذا ذكره
الحناطي والشيخ أبو حامد والامام ، وحكى البغوي طريقاً آخر ، أنه لا فسخ به
قطعاً ، لانه لا طريق له إلى تحصيل الوطء . وإن كانا من جنس ، ثبت الخيار
لكل واحد على الأصح . هذا في غير الجنون ، أما إذا كانا مجنونين ، فلا يمكن
إثبات الخيار لواحد منهما في الحال ، ثم الوجهان فيما إذا تساوى العيبان في القدر
والفحش . فإن كان أحدهما أكثر وأفحش ، فلاآخر الخيار قطعاً .

فرع

نكح أحدهما الآخر عالماً بعيه ، فلا خيار . فلو ادعى المعيب علم الآخر ،

صدّق المنكر يمينه . وقيل : إن كان هذا الاختلاف بعد الدخول ، صدق مدعي العلم .

فرع

جبت المرأة ذكر زوجها ، فهل لها الخيار ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كما لو عيب المشتري المبيع قبل القبض ، وأصحها : نعم كما لو خرب المستأجر الدار المستأجرة فإن له الخيار ، فإن المرأة بالجلب لا تصير قابضة لحقها ، والمستأجر لا يصير قابضاً لحقه كالتخريب ، والمشتري بالتعيب قابض حقه .

فصل

العيب المثبت للخيار إن كان مقارناً للعقد ، فنكل واحد الفسخ بعيب صاحبه وإن حدث بعد العقد ، فإن كان بها ، فله الفسخ على الجديد الاظهر ، وإن كان به ، نظر إن كان قبل الدخول ، فلها الفسخ ، وإن كان بعده والعيب جنون أو جذام أو برص ، فلها الخيار ، كذا قاله الاصحاب في جميع الطرق . وحكى الغزالي فيه وجهاً لم أره لغيره . وإن حدث التعين ، فلا خيار ، لأنها عرفت قدرته وأخذت حظها ، وإن حدث الجلب ، فلها الفسخ على الاصح ، ويقال : الاظهر .

فرع

أولياء المرأة ليس لهم خيار الفسخ بعيب حدث به ، وأما المقارن ، فإن كان جاً أو تعيناً ، فلا خيار لهم على الصحيح ، وإن كان جنوناً ، فلهم الخيار . وإن

رضيت هي ، وكذا إن كان جذاماً أو برصاً على الأصح . ونقل الخناطي في العيب الحادث وجهاً ، أن للأولياء إجبارها على الفسخ وهو شاذ ضعيف . وعلى هذا التفصيل يخرج حكم ابتداء التزويج ، فإن دعت إلى تزويجها بمحبوب أو عنين ، فعليهم الاجابة على الصحيح ، فإن امتنعوا ، كانوا عاضلين ، وإن دعت إلى مجنون ، فلم الامتناع ، وكذا المجنوم والأبرص على الأصح .

فصل

في أحكام هذا الخيار

فيه مسائل .

إحداها : هذا الخيار على الفور كخيار العيب في البيع ، هذا هو المذهب . وبه قطع الجمهور . وقيل : قولان آخران كخيار العتق . أحدهما : يمتد ثلاثة أيام والثاني : يبقى إلى أن يوجد صريح الرضى بالمقام معه أو ما يدل عليه ، حكاهما الشيخ أبو علي وهما ضعيفان . وهل ينفرد كل واحد من الزوجين بالفسخ ، أم لا بد من الرفع إلى الحاكم ؟ أما التعنين ، فلا بد من الرفع ، وفيما سواه وجهان . أصحهما : لا بد من الرفع لأنه مجتهد فيه . قال البغوي : وعلى الوجهين لو أخر إلى أن يأتي إلى الحاكم ويفسخ بحضرة ، جاز . ولو وطئها وظهر بها عيب ، فقالت : وطئت عالماً ، فأنكر ، أو كان العيب به ، فقال : كنت عالمة فأنكرت ، فالقول قول المنكر على الصحيح . وقال ابن القطان : قول الآخر ، لأن الأصل دوام النكاح .

الثانية : الفسخ بعيب مقارن للعقد ، إن كان قبل الدخول ، سقط كل المهر ولا متعة ، سواء كان العيب فيه أو فيها ، لأن شأن الفسخ تراد العوضين . وإن كان بعد الدخول ، فثلاثة أوجه ، الصحيح المنصوص ، أنه يسقط المسمى ويجب مهر

المثل ، والثاني : يجب المسمى ، والثالث : إن فسخ بعيها ، فمهر المثل ، وإن فسخت بعيه ، فالمسمى . وأما الفسخ بعيب حادث بعد العقد ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر ، وإن كان بعده ، فإن أوجبنا في المقارن المسمى ، فهنا أولى ، وإلا ، فأوجه . أحدها : المسمى ، والثاني : مهر المثل ، وأصحها : إن حدث قبل الدخول ، ثم دخل بها غير عالم بالحال ، فمهر المثل كالمقارن ، وإن حدث بعد الدخول ، فالمسمى ، لأنه تقرر بالوطء قبل الحلل .

فرع

إذا اطلع أحد الزوجين على عيب الآخر ، ومات الآخر قبل الفسخ ، فهل يفسخ بعد الموت ؟ وجهان حكاهما الحناطي ، أصحها : لا يفسخ ويتقرر المسمى بالموت . ولو طلقها قبل الدخول ثم علم عيها ، لم يسقط حقها من النصف ، لأن الفروقة حصلت بالطلاق .

الثالثة : إذ فسخ بعيها بعد الدخول وغرم المهر ، فهل يرجع به على من غره ؟ قولان . الجديد : الأظهر ، لا . وموضع القولين إذا كان العيب مقارناً للعقد ، وأما إذا فسخ بعيب حادث ، فلا رجوع بالمهر مطلقاً ، إذ لا غرور . وقال المتولي : القولان إذا كان المغروم هو مهر المثل ، أما إذا كان المسمى ، فلا رجوع ، والأصح ما ذكره البغوي وهو أنه لا فرق بين المسمى ومهر المثل ، ثم إذا قلنا بالرجوع ، فإن كان التغير والتدليس منها دون الولي ، فالرجوع عليها دونه . وصور المتولي التغير منها ، بأن خطب الزوج إليها ، فلم يتعرض لعيها ، وطلبت من الولي تزويجها به وأظهرت له أن الزوج عرف حالها . وصوره الشيخ أبو الفرج الزاز ، فيما إذا عقدت بنفسها ، وحكم بصحته حاكم . ثم لفظ الرجوع الذي استعمله الأصحاب يشعر

بالدفع إليها ، ثم الاسترداد منها . لكن ذكر الشيخ أبو حامد والإمام ، أنه لا معنى للدفع إليها والاسترداد ، ويعود معنى الرجوع إلى أنه لا يغرم لها . وهل يجب لها أقل ما يجوز صداقاً لثلاثين نكاحاً عن مهر ؟ وجهان . ويقال : قولان .

قلت : الأصح عند من قال بالرجوع ، أنه لا يبقى لها شيئاً ، ويكفي في حرمة النكاح أنه وجب لها ثم استرد بالتغير . والله أعلم

وإن كان التغير من الولي ، بأن خطب إليه فزوج وهو مجبر أو غيره بإذنها ولم يذكر للخاطب عيها ، فإن كان عالماً بالعيب ، رجع عليه بجميع ما غرم . وإن كان جاهلاً ، فوجهان لأنه غير مقتصر ، لكن ضمان المال لا يسقط بالجهل . فإن قلنا : لا رجوع إذا جهل ، فذلك إذا لم يكن محرمًا كابن عم ومعتق وقاض ، وحينئذ يكون الرجوع على المرأة . فأما المحرم ، فلا يخفى عليه الحال غالباً ، وإن خفي فلتقصيره ، فيرجع عليه مع الجهل على الصحيح . فإذا قلنا : لا رجوع على الجاهل ، فعلى الزوج إثبات العلم بينة على إقرار الولي بالعلم . وإن غره أولياء الزوجة ، فالرجوع عليهم ، فإن جهل بعضهم وقلنا : لا رجوع على الجاهل ، رجع على من علم . ولو وجد التغير منها ومن الولي ، فهل يكون الرجوع عليها فقط لقوة جانبها ، أم عليها نصفين ؟ فيه وجهان ، وإن غرت الولي وغر الولي الزوج ، رجع الزوج على الولي والولي عليها ، ولم يتعرضوا لما إذا كانت جاهلة بعيها ، ولا يبعد بجيء الخلاف فيه .

قلت : لا يجيء له لتقصيرها الظاهر ، لاسيما وقد قطع الجمهور بأن الولي المحرم لا يعذر بجهله لتقصيره . والله أعلم

الرابعة : المفسوخ نكاحها بعد الدخول ، لانفقة لها في العدة ولا سكنى إذا كانت حائلاً بلا خلاف ، وإن كانت حاملاً ، فان قلنا : نفقة المطلقة الحامل للحمل وجبت هنا ، وإن قلنا بالأظهر . إنها للحامل ، لم تجب . وأما السكنى ، لا تجب على المذهب وبه قطع الجمهور . وقيل بطرد القولين . وقال ابن سلمة : إن كان الفسخ بعيب حادث ، وجبت ، وإلا ، فلا . وإذا لم نوجب السكنى فأراد أن يسكنها حفظاً لمائه ، فله ذلك وعليها الموافقة ، قاله أبو الفرج السرخسي .

فروع

تعلق بهذا السبب

رضي أحد الزوجين بعيب صاحبه ، فحدث بمن به العيب عيب آخر ، ثبت الخيار بالعيب الحادث على الصحيح . وإن ازداد الأول ، فلا خيار على الصحيح ، لأن رضاه بالأول رضى بما يتولد منه . ولو فسخ بعيب ، فبان أن لالعيب ، فهل يحكم ببطلان الفسخ وباستمرار النكاح ؟ وجهان حكاهما الخناطي .

قلت : الصحيح ، بطلان الفسخ لأنه بغير حق . والله اعلم

ولو قال : علمت عيب صاحبي ، ولم أعلم أن العيب يثبت الخيار ، فقولان كنظيره في عتقها تحت عبد . وقيل : لا خيار هنا قطعاً ، لأن الخيار بالعيب مشهور في جنس العقود .

السبب الثاني : الغرور بالاستتراء . فإذا شرط في العقد إسلام المنكوحه ، فبانته ذمية ، أو شرط نسب أو حرية في أحد الزوجين فبان خلافه ، فهل يصح النكاح أم يبطل ؟ قولان . أظهرهما : الصحة . والقولان فيما إذا اشتطت حرية فبان

عبدًا ، هما إذا نكح باذن السيد ، وإلا ، فلا يصح قطعاً . وفيما إذا شرط حريتها فبانت أمة ، هما إذا نكحت باذن السيد وكان الزوج ممن يحل له الاماء ، وإلا ، فلا يصح قطعاً . ويجري القولان في كل وصف شرط ، فبان خلافه ، سواء كان المشروط صفة كمال كالجمال ، والنسب ، والشباب ، واليسار ، والبكارة ، أو صفة نقص كأضادها ، أو كان مما لا يتعلق به نقص ولا كمال ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور . وفي « شرح مختصر الجويني » أنها إنما يجريان في النسب والحرية وما يتعلق بالكفاءة ، فإذا قلنا ببطان النكاح ، فرق بينها ولا شيء على الزوج إن لم يدخل بها ، وإن دخل ، فلاحد للشبهة وعليه مهر المثل ، ولا سكنى لها في العدة ، وكذا لانفقة إن كانت حائلاً . فإن كانت حاملاً ، فعلى القولين في أن النفقة للحمل أو للحامل ؟ إن قلنا : للحمل ، وجبت ، وإلا ، فلا ، وإذا قلنا بصحة النكاح ، فإن بان الموصوف خيراً مما شرط ، فلا خيار ، وإن بان دونه ، فقد أطلق الغزالي في ثبوت الخيار قولين . وأما سائر الأصحاب ، فقالوا : إن شرط في الزوج نسب شريف فبان خلافه ، نظر إن كان نسبه دون نسبها ، فلها الخيار . وإن رضيت هي ، فلا ولياً لها الخيار ، وإن كان نسبه كنسبها أو فوقه ، إلا أنه دون المشروط ، فلا خيار لها على الأظهر ، وقيل : لا خيار قطعاً ، ولا خيار للأولياء ، لأن الكفاءة حاصلة والشرط لا يؤثر في حقهم ، وإن شرط في الزوجة نسب فبان خلافه ، فطريقان ، أصحهما : أنه كهي فيثبت له الخيار إن كانت دون نسبه ، وإلا ، ففيه القولان . والطريق الثاني : لا خيار له قطعاً لقدرته على الطلاق وعدم العار عليه . وإن شرطت حرته فخرج عبدًا ، فإن كانت حرة ، فلها ولولها الخيار ، وإن كانت أمة ، ففي ثبوت الخيار وجهان . وقيل : يثبت قطعاً . قال الإمام والمتولي : وإذا أثبتناه ، فهو للسيد دون الأمة ، فإن له أن يجبرها على نكاح عبده ، بخلاف ما إذا خرج الزوج معيلاً ، فإن الخيار لها ، لأنه ليس للسيد إجبارها على نكاح معيب بأحد هذه

العيوب . وإن شرط الزوج حرية الزوجة فخرجت أمة ، فإن كان الزوج حراً ،
فله الخيار على المذهب ، وإن كان عبداً ، فلا خيار على المذهب ، وإن كان المشروط
صفة أخرى ، فإن شرطت في الزوج فبان دون المشروط ، فلها الخيار ، وإن شرطت
فيها ، ففي ثبوت الخيار له قولان لتمكنه من الطلاق .

قلت : الاظهر ثبوته . والله أعلم

فرع

في فتاوى البغوي : تزوجها بشرط البكارة ، فوجدت ثيباً ، فقالت : كنت
بكرًا فزالت البكارة عندك ، وقال : بل كنت ثيباً ، فالقول قولها يمينها لدفع
الفسخ ، ولو قالت : كنت بكرًا فافتضي فأنكر ، فالقول قولها يمينها لدفع
الفسخ ، وقوله يمينه لدفع كمال المهر .

فصل

إذا ظنت زيدا كفاءاً لها ، وأذنت في تزويجها إياه ، فبان غير كفاءه ، فلا خيار لها ،
كذا أطلق الغزالي ، وينبغي أن يفصل فيقال : إن كان فوات الكفاءة لدناءة نسبه
أو حرفته ، أو فسقه ، فلا خيار ، وإن كان لعيبه ، فيثبت الخيار ، وإن كان لرقه ،
فليكن الحكم كما سذكركه إن شاء الله تعالى متصلًا بهذا فيمن نكحها ظاناً بحريتها
فبان أمة ، بل جانب المرأة أولى باثبات الخيار .

قلت : هذا الذي ذكره الغزالي ضعيف ، وفي فتاوى صاحب « الشامل »
لو تزوجت حرة برجل نكاحاً مطلقاً ، فبان عبداً ، فلها الخيار . وذكر غيره نحو

هذا ، والختار ثبوت الخيار بالجميع ، وقد أنكروا على الغزالي هذه المسألة . وقد ذكر الرافعي بعد هذا قبيل ذكر كتاب الصداق عن «فتاوى» القاضي حسين ، أنها لو أذنت في تزويجها برجل ولم تعلم فسقه ، فإن فاسقاً ، صح النكاح لوجود الإشارة إلى عينه . قال البغوي : لكن لها حق الفسخ كما لو أذنت في تزويجها رجلاً ثم وجدته معيباً ، وعجب من الإمام الرافعي كيف قال هنا ما قال مع نقله هذا عن البغوي . والله أعلم .

فرع

نكح امرأة يظنها مسلمة فخرجت كتابية ، فالنص أن له الخيار ، ولو ظنها حرة فخرجت أمة وهو بمن يحل له نكاح الأمة ، فالنص أنه لا خيار ، وللاصحاب طريقان . أحدهما : العمل بظاهر النصين ولتقصير ولي الكافرة بتوك العلامة ، ولأن الكفر منقّر . وأصحها : جعل الصورتين على قولين . أظهرهما : لا خيار فيها كما لو اشترى عبداً يظنه كاتباً فأخلف ظنه .

فصل

اخلف في الشرط ، إذا قلنا : لا يفسد العقد وانه يثبت الخيار ، فمن له الخيار ؟ إن أجاز العقد ، كان للزوجة المهر المسمى ، وإن فسخ ، فإن كان قبل الدخول ، لم يجب نصف المهر ولا المتعة ، وإن كان بعد الدخول ، فهل يجب مهر المثل أم المسمى أم أقلها ؟ فيه أوجه ، الصحيح المنصوص ، الأول . وهل يرجع الزوج بما غرمه من المهر على من غره ؟ فيه التفصيل والخلاف السابقان في خيار العيب ، وحكم النفقة والسكنى على ماتقدم .

فرع

قال الأصحاب : التغير المؤثر هو الذي يكون مقروناً بالعقد على سبيل الشرط
فلو سبق العقد ، فالصحيح أنه لا يؤثر في صحة العقد ولا في الخيار . وقيل :
يؤثر فيها .

وأما الرجوع بالمهر ، إذا قضينا بالرجوع على الغار ، فقال الغزالي : التغير
السابق كالمقارن ، وحقيقه الإمام فقال : لا يشترط في حصول التغير دخول الشرط
بين الإيجاب والقبول ، ولا صدوره من العاقد ^(١) لكن يشترط اتصاله بالعقد .
فلو قال : فلانة حرة في معرض التزويج في النكاح ، ثم زوجها على الاتصال بوكالة
أو ولاية ، فهو تغير ، ولو لم يقصد بقوله تحريض سامع ، وانتفى بعد أيام أنه
زوجها لمن سمع كلامه ، فليس ما جرى تغيراً ، وإن ذكره لا في معرض
التحريض ، وجرى العقد على الاتصال أو ذكره في معرض التحريض ، وجرى
العقد بعد زمان فاصل ، ففي كونه تغيراً تردد ، ويشبه أن لا يعتبر الاتصال بالعقد
على ما أطلقه الغزالي ، لأن تعلق الضمان أوسع باباً .

فصل

إذا غر بخرية أمة وصحنا النكاح ، فأولاده الحاصلون منها قبل العلم برقتها
أحرار لظنه الحرية ، سواء أجاز العقد أو فسخه ، إذا خيرناه ، وسواء كان المغرور
حراً أو عبداً ، لاستوائها في الظن ، ثم على المغرور قيمة الأولاد لسيد الأمة على

(١) في نسخ الظاهرية : ولا ضرورة من العاقد .

المشهور ، لأنه فوت رقيم بظنه . وفي قول حكاة الحناطي : لاشيء عليه ، لأنه معذور . فعلى المشهور إن كان المغرور حراً ، فالقيمة مستقرة في ذمته ، وإن كان عبداً ، فهل تتعلق بذمته أم برقبته أم بكسبه ؟ فيه أقوال ، أظهرها الأول ، وتعتبر قيمة الأولاد يوم الولادة . وأما الأولاد الحاصلون بعد علمه برقبها ، فهم أرقاء ، سواء كان المغرور عربياً أو غيره . وللشافعي قول : إن العرب لا يجري عليهم الرق ، والمشهور أن لافرق . ثم في الفصل مسائل .

إحداها : في الرجوع بالمهر المغرور على الغار قولان كما سبق في العيب ، وأما قيمة الأولاد ، فيرجع بها على الغار على المذهب . وقيل : فيه القولان . وإذا قلنا بالرجوع ، فإنما يرجع إذا غرم كالضامن . فقد سبق في الضامن وجه ضعيف أنه يرجع قبل غرمه ، فيجبيء مثله هنا . والصحيح ، المنع . فعلى هذا لو كان المغرور عبداً وعلقنا القيمة بذمته ، فإنما يرجع على الغار بعد عتقه ، لأنه حينئذ يغرم . أما إذا علقناها بكسبه أو برقبته ، وغرم سيده من كسبه ، أو من رقبته ، فيرجع في الحال ، وللمغرور مطالبة الغار بتحصيله ، كما ذكرنا في « باب الضمان » .

المسألة الثانية : إذا كان المغرور عبداً وقد دخل بالمنكوحة ، فحيث يجب المسمى يتعلق كسبه ، وحيث يجب مهر المثل ، فهل يتعلق بذمته ، أم برقبته ، أم بكسبه ؟ فيه ثلاثة أقوال أظهرها : الأول .

المسألة الثالثة : لا يتصور الغرور بحرية الامة من السيد ، لأنه متى قال : زوجتك هذه الحرة ، أو على أنها حرة ، عتقت . وإنما يتصور من وكيل السيد في تزويجها ، أو منها ، أو منها ، ولا اعتبار بقول من ليس بعاقدا ولا معقود عليه ، فإن كان الغرور من الوكيل ، رجع المغرور عليه بالقيمة إذا غرمها ، وبالمهر إن أثبتنا الرجوع به . وإن كان الغرور من الامة المنكوحة ، كان الرجوع عليها .

لكن لا يرجع في الحال ، بل يتعلق الغرم بذمتها ، تطالب به إذا عتقت ، ولا يتعلق بكسبها قطعاً ولا برقبته على الصحيح ، وسواء كان الرجوع عليها أو على الوكيل ، يرجع بكل المهر ، لأن المهر للسيد وقد أخذه . وإن كان الغرور منها ومن الوكيل ، فالرجوع عليها . وفي كيفيته وجهان . أصحها : يرجع بالنصف على الوكيل في الحال ، وبالنصف عليها إذا عتقت . والثاني : أنه له أن يرجع بالجميع على من شاء منها ، على الوكيل في الحال وعليها بعد العتق ، فإن رجع - هكذا قال البغوي - : يرجع المأخوذ منه بالنصف على الآخر . وقال الخناطي وغيره . لا يرجع واحد منها على الآخر ، لأن التغيرير كامل من كل واحد منها . ولو ذكرت للوكيل حريتها ، ثم ذكرها الوكيل للزوج ، رجع المغرور على الوكيل والوكيل عليها بعد العتق . وإن ذكرت للوكيل ثم ذكرت للزوج ، فالرجوع عليها وإن ذكر الوكيل للزوج أيضاً ، لأنها لما شافهت الزوج خرج الوكيل من الوسط ، هكذا ذكره البغوي . وعلى هذا ، فصورة تغيريرها أن يذكرها معاً .

المسألة الرابعة : لو خرجت التي غر بجزئها مدبرة أو مكاتبة ، أو أم ولد أو معلقة بصفة ، فالكلام في صحة النكاح ، ثم في إثبات الخيار كما سبق ، إذا كانت قنة ، لكن إذا خرجت مكاتبة وفسخ النكاح ، فلا مهر لها إذا كان الغرور منها ، لأن المهر للمكاتبة فلا معنى للغرم لها والاسترداد منها . وهل يجب أقل ما يجوز أن يكون مهراً ؟ فيه الخلاف السابق في العيب . والأولاد الحاصلون قبل علمه بالحال أحرار ، وعلى المغرور قيمتهم . ولمن تكون القيمة ؟ يبنى على أن ولد المكاتبة قنٌ للسيد أم مكاتب كلام ؟ وفيه قولان . وإذا قلنا : إنه مكاتب فقتله قاتل ، فهل قيمته للسيد أم للمكاتبة تستعين به في الأداء ؟ فيه قولان فإذا قلنا : الولد للسيد ، أو قلنا : هو مكاتب ، وإذا قتل ، فالقيمة للسيد ، غرم المغرور قيمة الأولاد

للسيد، ويرجع بها على الوكيل، وعليها إن غوت، ويأخذ من كسبها. فإن لم يكن كسب ، ففي ذمتها إلى أن تعتق . وإن قلنا : إن القيمة لها ، فإن كان الغرور منها ، لم يغرم القيمة لها كالمهر ، وإن كان من الوكيل ، غوم لها ورجع على الوكيل .

فرع

إذا حكمنا ببطالان النكاح بخلف الشرط ، فالرجوع بمهر المثل إذا غومه الزوج بالوطء والرجوع بقيمة الأولاد إذا غومها على ما ذكرناه تقريراً على صحة النكاح .

فرع

ما ذكرناه من وجوب قيمة الولد ، هو فيما إذا انفصل الجنين حياً . فلو انفصل ميتاً ، نظر إن انفصل بغير جناية ، فلا شيء عليه ، ويجيء فيه وجه سبق نظيره في وطء الغاصب جاهلاً بالتحريم . وإن انفصل بجناية ، بأن ضرب بطنها فأجهضت ، فله أحوال .

أحدها : أن يكون الجاني أجنبياً ، فيجب على عاقلته الغرة ويغرمه المغرور ، لأنه يغرم له فيغرمه . وقيل : لا يغرمه إذ لا قيمة للبت ، والصحيح الاول ، وضمانه عشر قيمة الأم ، لأن الجنين الرقيق يغرم بهذا القدر .

فإن كانت قيمة الغرة مثل عشر قيمة الأم ، أو أكثر ، فالمستحق للسيد عشر القيمة ، وإن كان العشر أكثر ، فوجهان . أصحابها : يستحق العشر وهو اختيار القاضي حسين والإمام وغيرهما ، ونسبه البغوي إلى العراقيين ، لأنه قدر مافوته . والثاني : ليس له إلا قدر الغرة ، ويعبر عن هذا بأن الواجب أقل

الأمرين . فعلى الاول لا يتوقف تغريمه على حصول الغرة له . وعلى الثاني ، يتوقف وينظر إلى ما يحصل له من الغرة ، فإن كان يجوز ميراث الجنين ، فذاك ، وإلا ، فيغرم أقل الأمرين من حصته من الغرة والعشر ، ولا يتصور أن يرث مع الأب المغرور إلا الجدة أم الام ، ولا تسقط بالام لانها رقيقة .

الثاني : أن يكون الجاني هو المغرور ، فعلى عاقلة الغرة ، ويلزم المغرور عشر قيمة الام إن قلنا في الحال الاول بالاصح : انه يستحق العشر وتسلم الغرة للورثة ، وإن قلنا بأقل الأمرين ، تعلق حق السيد بالغرة فيؤدي منها ، وما فضل يكون للورثة . وعلى التقديرين ، لا يرث المغرور منها شيئاً ، لانه قاتل ولا يجب من بعده من العصابات .

فإن كان المغرور عبداً ، تعلقت الغرة برقبته . ثم إن اعتبرنا الغرة ولم نوجب زيادة عليها ، فإذا حصلت الغرة ، صرف إلى السيد منها عشر قيمة الام ، فإن فضل شيء ، فهو للورثة ، وإن اعتبرنا التقويت ، سلمت الغرة للورثة ، وتعلق حق السيد بذمة المغرور .

الثالث : أن يكون الجاني عبد المغرور ، فإن اعتبرنا التقويت ، فحق سيد الامة على المغرور ، ولا تعلق الغرة برقبته إن كان المغرور حائز ميراث الجنين ، لانه لا يستحق على عبده شيئاً ، وإن كان معه جدة لجنين ، تعلق نسيبها برقبته ، وإن اعتبرنا أقل الأمرين ، تعلقت الغرة برقبته ليؤدي منها حق السيد . فإن فضل منها شيء ، فعلى ما ذكرنا .

الرابع : أن يكون الجاني سيد الامة ، فعلى عاقلة الغرة . ثم إن اعتبرنا التقويت ، سلمت الغرة للورثة وغرم المغرور للسيد عشر قيمة الام . قال الإمام : ويجوز أن يقال : انفصاله بجنابة السيد ، كانفصاله بلاجنابة ، فلا يغرم المغرور شيئاً ،

وإن اعتبرنا أقل الامرين ، فاذا حصلت الغرة ، صرف منها العشر إلى السيد .
فان فضل شيء فهو للورثة . قال الإمام : إذا كانت الغرة قدر للعشر أو أقل ،
وصرفناها إلى السيد ، كان الحاصل إيجاب المال على عاقلة الجاني للجاني وهو مستبعد .

فرع

خيار الخلف هل هو على الفور ؟ فيه طريقتان حكاهما ابن كج وغيره ، المذهب :
نعم كخيار العيب ، والثاني : على أقوال خيار العتق . قال البغوي : وإذا أثبتنا
الفسخ ، انفرد به من له الخيار ، ولا يفتقر إلى الحاكم كخيار عيب المبيع ، ولكن
هذا يختلف فيه ، فليكن خيار عيب النكاح .

السبب الثالث : العتق ، فاذا عتقت أمة تحت حر ، فلا خيار لها ، وإن عتقت
تحت عبد ، فلها الخيار إن عتقت كلها ، فإن أعتق بعضها ، فلا خيار . وقال المزني :
لها الخيار . ولو دبرت أو كوتبت أو علق عتقها بصفة ، فلا خيار . ولو عتقت
تحت مكاتب أو مدبر أو من بعضه رقيق ، فلها الخيار . ولو عتق الزوج وتحت
أمة ، فلا خيار له على الصحيح أو المشهور . ولو عتقا معاً ، فلا خيار ، ويثبت
خيار العتق للصبية والمجنونة عند البلوغ والافاقة ، ولا يقوم الولي مقامها في الفسخ
والاجازة . ولو عتق الزوج قبل أن تفسخ العتقة ، بطل خيارها على الاظهر
المنصوص في « المختصر » .

فروع

الفرع الأول : طلقها رجعيًا فعتقت في العدة ، فلها الفسخ ليقطع سلطنة الرجعة

وقيل : الفسخ موقوف ، إن راجعها ، نفذ ، وإلا ، فلا . والصحيح الأول .
وإذا فسخت هل تستأنف عدة ، أم تكفي بقية العدة ؟ قولان كما لو طلق الرجعية .
وإذا قلنا بالبناء ، فتكمل عدة حر أو أمة ؟ فيه خلاف موضعه « كتاب العدد »
ولو أخرت الفسخ ، فلها ذلك ، ولا يبطل خيارها . ولو أجازت ، لم تنفذ الاجازة ،
لأنها محرمة جارية إلى بينونة ، فالاجازة لا تلاثم حالها . قال الإمام : ولم يخرجوه
على وقف العقود ، لأن شرط الوقف أن يكون مورد العقد [قابلاً لمقصود
العقد] ^(١) وحكي عن الشيخ أبي محمد حكاية وجه في نفوذ إجازتها . ونقل الغزالي
عن بعضهم تحريجاً على وقف العقود ، فإن راجعها ، نفذت ، وإلا ، فلا . ولو ثبت
لها خيار العتق ، فطلقها قبل أن تفسخ ، فإن كان طلاقاً رجعياً ، بقي حقها في الفسخ
والحكم كما لو أعتقت في العدة . وإن كان بائناً ، فقولان . أحدهما : أن
الطلاق موقوف ، وإن فسخت ، بان أنه لم يقع ، وإلا بان وقوعه وهذا نصه في « الأم » .
وأظهرهما يقع وهو نصه في « الإملاء » لمصادفته النكاح ، ويبطل الخيار ، ومنهم من
أنكر القول الأول . ولو طلق الزوج المعيب قبل فسخها ، ففي وقوع الطلاق
ووقفه هذا الخلاف .

الفروع الثاني : إذا فسخت العتيقة قبل الدخول ، فلامهر ، وليس للسيد منعها
من الفسخ . وإن فسخت بعد الدخول ، نظر ، إن تقدم الدخول على العتق ، وجب
المسمى ، وإن تأخر عنه وكانت جاهلة بالحال ، وجب مهر المثل على المذهب .
وقيل : المسمى ، وقيل : خلاف فيها . وأيهما أوجبناه ، فهو للسيد ، وكذا لو اختارت
المقام معه ، وجرى في العقد تسمية صحيحة أو فاسدة ، فالمر للسيد ، لأنه وجب بالعقد .

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

وإن زوجها مفوضة ، فإن دخل بها الزوج أو فرض لها قبل العتق (١) فهو للسيد أيضاً . وإن عتقت ثم دخل بها ، أو فرض لها ، فهل المهر للسيد أم لها ؟ قولان بناءً على أن مهر المفوضة يجب بالعقد أم بالفرض أو الدخول .

[الفروع] الثالث : خيار العتق على الفور على الأظهر ، وفي قول : يمتد ثلاثة أيام ، وفي قول : إلى أن يصرح بإسقاطه ، أو تمكن من الوطء طائعة . وفي وجه : تتقدر بالمجلس . فإن قلنا بالفور ، فهو كما ذكرنا في الرد بالعيب في البيع وفي الشفعة . قال الإمام تقريباً على القول الثاني : ابتداء الأيام الثلاثة من وقت تخيرها ، وذلك إذا علمت بالعتق وثبوت الخيار ، ولا يحجب من وقت العتق . وذكر تقريباً على القول الثالث ، أنها لو مكنت ولم يصحبها الزوج ، لم يبطل حقها ، لأن التمكين من الوطء لا يتحقق إلا عند حصول الوطء ، وأنه لو أصابها الزوج قهراً ، ففي سقوط الخيار تردد لتمكنها من الفسخ عند الوطء ، فإن كان قبض على فمها ، بقي حقها قطعاً . وعلى هذا القول لو قال : أصبتها فأنكرت ، فأيهما يصدق ؟ وجهان حكاهما ابن كعب ، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الإصابة . وإذا اعتبرنا الفور ، فتمكنت ولم تفسخ ، أو مضت الأيام الثلاثة ، أو مكنت من الوطء ، إذا اعتبرنا ذلك ، ثم ادعت الجهل بالعتق ، صدقت بيمينها إن لم يكن عليها ظاهر الحال . فإن كذبها ، بأن كانت معه في بيته ويبعد خفاء العتق عليها ، فالمصدق الزوج ، وهذا هو المذهب . وقيل : في المصدق قولان مطلقاً . فإن ادعت الجهل بأن العتق يثبت الخيار ، صدقت على الأظهر . ولو ادعت الجهل بأن الخيار على الفور ، قال الغزالي : لاتعذر ، ولم أر المسألة لغيره من الأصحاب ، ولكن ذكرها العبادي في « الرم » .

وقال : إن كانت قديمة العهد بالاسلام وخالطت أهله ، لم تعذر ، وإن كانت حديثة العهد به أو لم تخالط أهله ، فقولان .

فرع

هذا الفسخ لا يحتاج إلى مراجعة الحاكم ، ولا إلى المرافعة إليه ، لأنه ثابت بالنص والاجماع ، كالرد بالعيب والشفعة .

قلت : وللزوج وطء العتيقة ما لم تفسخ ، وكذا لزوج الصغيرة والمجنونة ، العتيقين وطؤهما ما لم تفسخا بعد البلوغ والافاقة . **ولله أعلم**

السبب الرابع : التعنين ، فالتعنين مثبت للخيار ، وكذا الجب إن لم يبق ما يمكن الجماع به ، كأن لا يبقى قدر الحشفة ، فإن بقي دون قدر الحشفة ، أو بقي قدرها فأكثر ، فلا خيار بسبب الجب على المذهب . وعن ابن سامة ، أنه خرجه على قولين كالخصي . فعلى المذهب : لو عجز عن الجماع به ، فهو كالسليم العاجز ، فتضرب له المدة . وعن الشيخ أبي حامد ، ثبوت الخيار في الحال ، لأن العيب متحقق ، والظاهر دوام العجز ، وفي معناه المرض المزمع الذي لا يتوقع زواله ، ولا يمكن الجماع معه ، كذا ذكره الشيخ أبو محمد وغيره . ولو وجدت زوجها خصياً موجوء الحصيتين أو مسلولهما ، فلا خيار على الأظهر الجديد . وقيل : لا خيار قطعاً .

فرع

العنة الطارئة لا تؤثر ، لأن القدرة تحققت بالوطء ، فالعجز بعارض . ولو كان له امرأتان ، فعنّ عن إحداها دون الأخرى ، ثبت الخيار للتي عنّ عنها ، لفوات

الاستمتاع . قال الأصحاب : وقد يتفق ذلك لانجباس الشهوة عن امرأة معينة بسبب نفرة أو حياء ، ويقدر على غيرها ليل أو أنس . فأما العجز المحقق لضعف في الدماغ أو القلب أو الكبد ، أو لحلل^(١) في نفس الآلة ، فانه لا يختلف بالنسوة ، وكذلك قد يفرض العجز عن القبل والقدرة على الدبر ، فيثبت الخيار على الصحيح . وحكى الخناطي فيه وجهاً بعيداً ، ولو عجز عن افتراء بكر وقدر على ثيب ، فلبكر الخيار .

فصل

إذا اعترفت^(٢) بقدرته على الوطء وقالت : إنه يتمتع منه ، فلا خيار لها ، وهل لها مطالبة بوطأة واحدة ؟ وهل يجبر هو عليها ؟ وجهان . أصحابها : لا ، لأنه حقه ، فلا يجبر عليه كسائر الوطآت . والثاني : نعم لمعنيين . أحدهما : استقرار المهر . والثاني : حصول الاستمتاع للتعفف . فان قلنا : تجب الوطأة فكانت أمة ، فالطلب للسيد على المعنى الأول ، ولها على الثاني . ولو أبرأت الحرة عن مهرها ، فلا مطالبة على المعنى الاول ، وتطالب على الثاني ، ولا يرهق إلى الوطء بل يميل ليستعد له على العادة . ولو كان به مرض أو عذر ، أمهل إلى زواله . وإن أصر على الامتناع بلا عذر ، حبس . قال الامام : ولا يبعد أن يخرج من الايلاء أن يطلق القاضي عليه ، لكن لم يخرجوه .

فرع

تسقط مطالبة العنين بالفسخ ، وغير العنين إذا أوجبنا وطأه بتغيب الحشفة ،

(١) في الأصل : تخلل .

(٢) في الأصل : عرفت .

فان أحكام الوطء كلها منوطة ^(١) به كالتحليل ، والتحصين ، والحدود ، والكفارة ، والغسل ، وفساد العبادة ، وثبوت المصاهرة وغيرها . قال الامام : وسببه بعد الاتباع ، أن الحشفة هي التي تحس ^(٢) تلك اللذة ، قال : ويعني بتغييها أن يشتمل الشفران وملتقاهما عليها . أما لو انقلب الشفران إلى الباطن وكانت الحشفة تلاقي ما انعكس من البشرة الظاهرة ، ففيه تردد ، لأنها حصلت في حيز الباطن . وذكر البغوي ، أن أقل ما يزول به حكم التعنين إن كانت بكراً أن يقتضها بآلة الاقتضاض . وإن كانت ثيباً ، فإن تغيب الحشفة ، وهذا يدل على الاقتضاض لا يحصل بتغييب الحشفة . ولوجب بعض ذكره فغيب من الباقي قدر الحشفة ، فهو كتغييب الحشفة من السليم . وقيل : يعتبر تغيب جميع الباقي وهو ظاهر نصه في « المختصر » ورجحه بعضهم ، والأول أصح وظاهر النص مؤول .

فصل

وجدته عنينا فرفعته إلى القاضي وادعت عنه ، فان أقر بها أو أقامت بينة على إقراره بها ، ثبتت . وإن أنكر ، حلف ، فان حلف ، لم يطالب بتحقيق ما قاله بالوطء ، وامتنع الفسخ ، ويعود ما سبق أنه هل يطالب بوطأة واحدة ؟ وإن نكل ، فتلاثة أوجه . أصحابها : ترد اليمين عليها ، ولها أن تحلف إذا بان لها عنه بقرائن الأحوال وطول الممارسة . والثاني : يقضى عليه بالنكول ، وتضرب المدة بغير يمين . والثالث : لا ترد عليها ولا يقضى بنكوله . وحكى أبو الفرج وجهاً أن تحليف الزوج لا يشرع أصلاً بناء على أن اليمين لا ترد عليها وهو ضعيف ، ثم ثبوت العنة لا يفيد

(١) في الأصل : منطوّه .

(٢) في الأصل : تحسن .

الحيار في الحال ، لكن القاضي يضرب للزوج مدة سنة يمهله فيها ، وابتدأوها من وقت ضرب القاضي لا من وقت إقراره ، لانه مختلف فيه ، وإنما تضرب المدة إذا طلبت المرأة ، لكن لو سكنت وحمل القاضي سكوتها على دهشة أو جهل ، فلا بأس بتنبئها ثم قولها : أنا طالبة حقي على موجب الشرع ، كاف في ضرب المدة وإن جهلت تفصيل الحكم ، وسواء في المدة الحر والعبد ، فإذا تمت السنة ولم يصبها ، لم يفسخ النكاح ، وليس لها فسخه ، بل ترفعه ثانياً إلى القاضي . وعن الاصطخري ، أن لها الفسخ بعد المدة ، والصحيح الأول . وإذا رفعته إليه ، فإن ادعى الإصابة في المدة ، حلف ، فإن نكل ، ردت اليمين على المرأة ، وفيه الخلاف السابق . وإذا حلفت ، أو أقر أنه لم يصبها في المدة ، فقد جاء وقت الفسخ ، فإن استعمل ثلاثاً ، فهل يمهل ؟ فيه الخلاف المذكور في الإيلاء . وفي استقلالها بالفسخ وجهان . أصحابها : الاستقلال كما يستقل بالفسخ من وجد بالمبيع تغيراً وأنكر البائع كونه عيباً ، وأقام المشتري بينة عند القاضي . والثاني : أن الفسخ إلى القاضي ، لأنه محل نظر واجتهاد ، أو يأمرها بالفسخ ، وهذان الوجهان في الاستقلال بعد المرافعة ، والوجهان السابقان في فصل العيوب مفروضان في الاستقلال دون المرافعة . وإذا قلنا : لها الفسخ بنفسها ، فهل يكفي لنفوذ الفسخ إقرار الزوج ، أم لا بد من قول القاضي : ثبتت العنة أو ثبت حق الفسخ فاختاري ؟ فيه وجهان . أصحابها : الثاني . ولو قالت : اخترت الفسخ ، ولم يقل القاضي : نفذته ، ثم رجعت ، هل يصح الرجوع ويبطل الفسخ ؟ وجهان في « مجموع ابن القطان » . أصحابها : المنع . ويشبه أن يكون هذا الخلاف مفرعاً على استقلالها بالفسخ ، أما إذا فسخت بإذنه ، فإن الإذن السابق كالتنفيذ .

فرع

إنما تحسب [المدة] ^(١) إذا لم تعتزل عنه . فان اعتزلت أو مرضت ، لم تحسب . ولو سافرت ^(٢) حبست على الأصح لثلا يدافع المطالبة بذلك . وإذا عرض ما يمنع الاحتساب في أثناء السنة وزال ، فالقياس أن يستأنف السنة أو ينتظر مضي مثل ذلك ^(٣) الفصل في السنة الأخرى .

فرع

الفسخ بالعنة بعد ثبوتها ، كالفسخ بسائر العيوب ، والمذهب أنه على الفور ، ويجيء فيه الخلاف السابق هناك . وإذا رضيت بالمقام معه بعد مضي المدة ، يسقط حقها من الفسخ ، ولا رجوع لها إليه . فان فسخت في أثناء المدة ، لم تنفذ . وإن أجازت ورضيت بالمقام معه في المدة ، أو قبل ضرب المدة ، فالأظهر أنه لغو ، ويثبت لها الخيار بعد المدة . وإن رضيت بعد المدة ثم طلقها رجعيًا ثم راجعها ، لم يعد حق الفسخ ، لأنها رضيت بعنته في هذا النكاح ، ويتصور الطلاق الرجعي بغير وطء يزيل العنة ، بأن يستدخل مائه ، أو يطأها في الدبر ، فتجب العدة وحكم ^(٤) العنة باق . ولو بانث بانقضاء العدة ، أو كان الطلاق بائنًا ، أو فسخت النكاح ، ثم تزوجها ثانيًا ، نفي تجدد حق الفسخ قولان . أظهرهما : التجدد ، لانه

(١) زيادة من نسخ الظهيرية .

(٢) في نسخ الظاهرية : سافر .

(٣) في الأصل : تلك .

(٤) في الأصل : بحكم .

نكاح جديد ، وتضرب المدة ثانياً . ولو نكح امرأة ابتداءً ، وأعلمها أنه عنين ، فقال صاحب « الشامل » وغيره : هو على القولين . وذكر البغوي ، فيما إذا نكح امرأة ابتداءً وهي تعلم أنه حكم بعنته في حق امرأة أخرى ، طويقين . أحدهما : على القولين . والثاني : القطع بالثبوت ، لانه قد يعجز عن امرأة دون أخرى . ولو نكح امرأة أو أصابها ثم أبانها ثم نكحها وعنّ عنها ، فلها الخيار قطعاً^(١) لأنها نكحته^(٢) غير عالمة بعنته .

فرع

إذا ادعت امرأة الصبي والمجنون العنة ، لم تسمع دعوها ولم تضرب مدة ، لان المدة والفسخ يعتمدان إقرار الزوج أو يمينها بعد نكوله ، وقولها ساقط . ونقل المزني أنه إن لم يجامعها الصبي ، أجل ، ولم يثبت عامة الاصحاب قولاً وقالوا : غلط المزني . وإنما قال الشافعي في « الأم » والقديم : إن لم يجامعها الحصي ، أجل ، وهذا المذكور في الحصي تفريع على أنه لا خيار بالإخصاء أو رضيت به ووجدته مع الاخصاء عنيماً ، وإلا ، فالخيار في الحصي لاتأجيل فيه كالجلب . وحكى الحناطي وجهاً أن المراهق الذي يتأتى منه الجماع ، تسمع دعوى التعنين عليه وتضرب له المدة ، وبه قال المزني وهو ضعيف .

(١) في الأصل : قطعها .

(٢) في الأصل : حكته .

فرع

جن الزوج في أثناء السنة ، ومضت السنة وهو مجنون ، فطلبت الفرقة ، لم تجب إليها ، لانه لا يصح إقراره .

فرع

مضت السنة فأمهله شهراً أو سنة أخرى ، فوجهان . أحدهما وبه قال ابن القطان وغيره : لها ذلك ، ولها أن تعود إلى الفسخ متى شئت ، كما إذا أمهل بعد حلول الاجل لا يانزم الامهال ، والصحيح بطلان حقها بهذا الإمهال لأنه على الفور .

فرع

إذا فسخت بالعنة ، فلا مهر على المشهور ، لانه فسخ قبل الدخول . وفي قول : يجب نصف المهر ، وفي قول كله ، حكاهما صاحب « التقريب » عن حكاية الاصطخري .

فصل

قال الأصحاب : إذا اختلف الزوجان في الوطء ، فالقول قول نافية عملاً بأصل العدم إلا في ثلاثة مواضع .

إحداها : إذا ادعت عنته فقال : أصبتها ، فالقول قوله يمينه ، سواء كان ذلك قبل المدة أم بعدها ، وسواء كان خصياً أو مقطوع بعض الذكر ، إذا كان الباقي بحيث يمكن الجماع به ، أو ، ادعت عجزه . وقيل : في الخصى والمقطوع ،

فالقول قولها يمينها ، لأن ذلك يقوي جانبها ، والصحيح الأول . ولو اختلفا في القدر الباقي ، هل يمكن الجمع به ؟ قال الأكثرون : فalcول-قولها . وقال صاحب « الشامل » : ينبغي أن يرى أهل الخبرة ليعرفوا قدره ، ويخبروا عن الحال ، كما لو ادعت أنه محبوب فأنكر ، قال المتولي : وهذا هو الأصح . ولو ادعت عجزه بعد مضي السنة ، وادعى أنها امتنعت ، فإن كان لأحدهما بينة ، حكم بها ، وإلا ، فalcول قوله ، لأن الأصل دوام النكاح . فإذا حلف ، ضرب القاضي المدة ثانياً وأسكنها^(١) في جوار قومٍ ثقاتٍ يتفقدون حالها . فإذا مضت المدة ، اعتمد القاضي قول الثقات وجرى عليه ، كذا ذكره المتولي .

الثاني : إذا طالبته في الإيلاء بالقيّة والطلاق فقال : وطئها ، فalcول قوله استدامة للنكاح . ولو قالت في هذين الموضعين : أنا بكر ، فوجهان . أحدهما وهو ظاهر النص : إن شهد أربع نسوة ببكرتها ، حكم بعدم الاصابة من غير تحليفها ، فلو قال بعد شهادتهن : أصبتها ولم أبالغ ، فعادت البكارة وطلب يمينها ، سمعت دعواه وحلفت . وإن لم يدّع شيئاً ، لم تحلف . والثاني وبه قال أبو علي في « الإفصاح » وابن القطان وابن كعب ، والإمام والغزالي وغيرهم : تحلف الزوجة مع البينة على قيام البكارة ، لأن البكارة وإن كانت موجودة ، فاحتمال الزوال والعود قائم ، وإن لم يدّع الزوج ، فلا بد من الاحتياط . ثم إذا حلفت بعد دعواه أو دونها [حلفت]^(٢) على أنه لم يصبها ، أو على أن بكرتها هي البكارة الأصلية ، ولها حق الفسخ بعد يمينها . وإن نكلت ، حلف الزوج وبطل الحيار . وإن نكل الزوج أيضاً ، فوجهان . أحدهما : لها الفسخ ويكون نكوله كحلفها ، لأن

(١) في الأصل : وأسكنها .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

الظاهر أن بكارتها هي الأصلية . والثاني : المنع ، لان ما قاله محتمل ، والأصل دوام النكاح .

الموضع الثالث : قالت ، طلقني بعد الدخول في كل المهر ، فقال : بل قبله فلك النصف ، فالقول قوله للأصل ، وعليها العدة مؤاخذه بقولها ، ولانفقة ولاسكني ، وللزوج نكاح بنتها وأختها وأربعاً سواها في الحال . فلو أتت بولد لزمن محتمل ، ثبت النسب وتقوى به جانبها ، فيرجع إلى تصديقها ، وتطالب الزوج بالنصف الثاني ، ولا بد من يمينها على ما ذكره الامام والعبادي ، لان ثبوت النسب لا يورث يقين الوطء ^(١) ، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا ظهرت البسكرة ، وهذه الصورة هي محل الاستثناء من تصديق النافي . فان لاعن الزوج ونفى الولد ، فقد زال المرجح فتعود إلى تصديقه ، ويستمر الامر على ما سبق . وحيث قلنا : القول قول نافي الإصابة ، فذلك إذا لم يوافق على جريان خلوه ، فان وافق ، فقولان . أظهرهما : أن الحكم كذلك ، والثاني : تصديق المثبت . فعلى هذا : تضم هذه الصورة إلى مواضع الاستثناء من تصديق النافي وتصبح أربعة ، وبالله التوفيق .

قلت : عجب قول الامام الرافعي رحمه الله : فيما إذا أتت بولد لزمن محتمل أنها المصدقة ويمكن أن يجيء فيه الخلاف ، والمسألة مشهورة ، ففي «المهذب» و «التنبيه» وغيرها ^(٢) من الكتب المشهورة ، في المسألة قولان ، في أن القول قولها ، أم قوله ، لأن النسب يثبت بالامكان ، ولانه قد يولج بعض الحشفة أو يياثر فيما قارب الفرج فيدخل المني فيلحق النسب ولا وطاء . والله أعلم

(١) في الأصل : بنفي الوطء وهو خطأ .

(٢) في الأصل : وغيره .

الباب التاسع فيما يملك الزوج من الاستمتاع

وفيه مسائل .

إحداها : له جميع أنواع الاستمتاع ، إلا النظر إلى الفرج ، ففيه خلاف سبق في حكم النظر ، وإلا الاتيان في الدبر ، فانه حرام ، ويجوز التلذذ بما بين الاليتين ، والإيلاج في القبل من جهة الدبر .

فرع

الاتيان في الدبر كالاتيان في القبل في أكثر الاحكام ، كافساد العبادة ووجوب الغسل من الجانبين ووجوب الكفارة في الصوم والحج وغيرها ، لكن لا يحصل به الاحصان ولا التحليل ، ولا الفياة في الإيلاء ، ولا يزول حكم التعنين ، وفي هذين الاخيرين وجه ضعيف .

ويثبت به النسب على الاصح ، وإنما يظهر الوجهان فيما إذا أتى السيد أمته في دبرها ، أو كان ذلك في نكاح فاسد . فأما في النكاح الصحيح ، فإمكان الوطء كاف في ثبوت النسب ، ويجب به مهر المثل في النكاح الفاسد قطعاً ، ويستقر به المسمى في النكاح الصحيح على المذهب . فإن قلنا : لا يستقر ، فقال الخناطي : لها مهر المثل ، فإن وطئها بعده ، فلها المسمى وتزد مهر المثل على الاصح . وفي وجه : لها المسمى ومهر المثل . وإن لم يطأها وطلقها ، فقد وجب لها مهر المثل ، وللزوج عندها المسمى . فإن كانا من جنس ، جرت أقوال التقاص ، وهذا كلام مظلم لا يهتدى إليه .

قلت : الذي يقتضيه كلام الاصحاب ، إنا إذا قلنا : لا يستقر المسمى ، لا يجب أيضاً مهر المثل ، وهذا الذي ذكره الحناطي مظلم كما قال الرافعي ، وعجب قوله : وإذا طلقها قبل الدخول ، له عليها المسمى ، وقد علم أن الطلاق قبل الدخول يشطر المسمى . والله أعلم

وتثبت به المصاهرة على الأصح ، والعدة على الصحيح ، ولا يشترط نطق المصابة في دبرها إذا استؤذنت في النكاح على الأصح . وإذا وطئ أمته أو زوجته في دبرها ، فلاحد على الصحيح .

قلت : قال أصحابنا : [حكم] الوطء في الدبر كالقبل إلا في سبعة أحكام : التحليل ، والتحصين ، والخروج من الفياة ، والتعنين ، وتغير اذن البكر . والسادس ، أن الدبر لا يحل بحال ، والقبل يحل في الزوجة والمملوكة . والسابع : اذا جومعت الكبيرة في دبرها ، فاغتسلت ثم خرج مني الرجل من دبرها ، لم يجب غسل ثان ، بخلاف القبل ، فقد يجيء في بعض المسائل وجه ضعيف ، ولكن المعتمد ما ذكرناه . والله أعلم

المسألة الثانية : العزل : هو أن يجامع ، فإذا قارب الانزال ، نزع فأنزل خارج الفرج ، والأولى تركه على الإطلاق . وأطلق صاحب « المذهب » ، كراهته ، ولا يحرم في السرية بلا خلاف ، صيانة للملك ، ولا يحرم في الزوجة على المذهب ، سواء الحرة والامة بالاذن وغيره . [وقيل : يحرم ، وقيل : يحرم بغير إذن] ^(١) وقيل : يحرم في الحرة .

(١) زيادة من مخطوطة الظاهريه .

وأما المستولدة ، ففيها خلاف مرتب على المنكوحة الحرة ، وأولى بالجواز لانها غير راسخة في الفراش ولهذا لا يقسم لها . قال الامام : وحيث حرصنا ، فذلك اذا نزع بقصد أن يقع الإنزال خارجاً تحرزاً عن الولد ، فأما اذا عن له أن ينزع لاعلى هذا القصد ، فيجب القطع بأن لا يحرم .

الثالثة : الاستناء باليد حرام ، ونقل ابن كج أنه توقف فيه في القديم . والمذهب الجزم بتحريمه ، ويجوز أن يستمني بيد زوجته وجاريته ، كما يستمتع بسائر بدنهما ، ذكره المتولي ، ونقله الروياني .

الرابعة : القول في تحريم الوطء في الحيض والنفاس وتحريم سائر الاستمتاع ، كما سبق في « باب الحيض » . ونقل ابن كج عن أبي عبيد بن حرويه ، أنه يحتبب الحائض في جميع بدنها .

قلت : هذا الوجه غلط فاحش ، يخالف الأحاديث الصحيحة المشهورة كقوله ﷺ : « اصنعوا كل شيء سوى النكاح » ، وأنه ﷺ : « كان يباشر الحائض فوق الإزار » ، فقد خالف قائله إجماع المسلمين . والله أعلم

الخامسة : لا بأس أن يطوف على إمامه بغسل واحد ، لكن يستحب أن يخلل بين كل وطئين وضوء أو غسل الفرج ، كما ذكرنا في « كتاب الطهارة » ، ولا يتصور ذلك في الزوجات إلا بإذنه . وأما حديث « الصحيحين » أن النبي ﷺ طاف على نسائه بغسل واحد ، فمحمول على إذهنه إن قلنا : كان القسم واجباً عليه ﷺ ، وإلا فمن كالأمام .

السادسة : يكره أن يطأ وهناك أمته أو زوجته الأخرى ، وأن يتحدث بما جرى بينه وبين زوجته أو أمته .

قلت : ويُسْنِ ملاعبته الزوجة إنساناً وتلطفاً ما لم يترتب عليه مفسده ، للحديث الصحيح « هَلَا تَزُوجُ بَكَراً تَلَاعِبُهَا وَتَلَاعِبُكَ » . ويستحب أن لا يُعْطَلَهَا ، وأن لا يَطِيلَ عَهْدُهَا بِالْجَمَاعِ مِنْ غَيْرِ عَذْرٍ ، وأن لا يَتْرَكَ ذَلِكَ عِنْدَ قُدُومِهِ مِنْ سَفَرِهِ ، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح « فَإِذَا قَدِمْتَ فَالْكِيسُ الْكِيسُ » ، أي : ابْتَغِ الْوَلَدَ . وَالسَّنَةُ أَنْ يَقُولَ عِنْدَ الْجَمَاعِ : بِاسْمِ اللَّهِ ، اللَّهُمَّ جَنِّبْنَا الشَّيْطَانَ وَجَنِّبِ الشَّيْطَانَ مَا رَزَقْتَنَا ، لِلْحَدِيثِ الصَّحِيحِ فِيهِ ، وَلَا يَكْرَهُ الْجَمَاعُ مُسْتَقْبَلُ الْقَبْلَةِ وَلَا مُسْتَدْبِرُهَا ، لَا فِي الْبَنِيَانِ وَلَا فِي الصَّحْرَاءِ ، وَيَحْرَمُ عَلَى الزَّوْجَةِ وَالْأُمَةِ تَحْرِيمًا غَلِيظًا أَنْ تَمْتَنَعَ إِذَا طَلَبَهَا لِلِاسْتِمَاعِ الْجَائِزِ ، وَلَا يَحْرَمُ وَطْءُ الْمَرْضِعِ وَالْحَامِلِ ، وَيَكْرَهُ أَنْ تَصِفَ الْمَرْأَةُ امْرَأَةً أُخْرَى لَزَوْجِهَا مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ لِلْحَدِيثِ الصَّحِيحِ ، فِي النَّهْيِ عَنْ ذَلِكَ .

الباب العاشر

في وطء الأب جارية ابنه ونكاحه إياها ووجوب إعفائه

فيه ثلاثة أطراف .

[الطرف الأول] : في وطئها ، فيحرم على الأب وطء جارية ابنه مع علمه بالحال ، فإن وطئها ، نُظِرَ ، أَهِيَ مَوْطُوءَةُ الْإِبْنِ أَمْ لَا ؟

الحالة الأولى : أن لا تكون ، وفيه مسائل .

[المسألة الأولى] : لاحدٌ على الأب لشبهة الإعفاف . وعن الاصطخري تخريج قول في وجوب الحدِّ ، والمذهب الأول . وعلى هذا ، فيعزَّرُ على الأصحِّ ، لحق الله تعالى . وقيل : لا يعزَّرُ . فعلى تخريج الاصطخري : هو كالزَّنا بأمه

أجنبي . فإن أكرهها ، وجب مهر المثل ، وإن طأعته ، فوجهان . وعلى المذهب : هو كوطء الشبهة ، فعليه المهر للابن . فإن كان موسراً ، أخذ منه . وإن كان معسراً ففي ذمته إلى أن يوسر . وقيل : إن كان معسراً ، لم يثبت في ذمته . والصحيح الأول .

[المسألة] الثانية : كما يسقط الحد ويجب المهر ، تثبت المصاهرة فتحرم^(١) الجارية على الابن أبداً ، ويستمر ملكه عليها إذا لم يوجد على الأب إقبال ، ولا شيء على الابن بتحريمها ، لأن مجرد الحيل^(٢) في ملك اليمين غير متقوم ، وإنما المقصود الأعظم فيه المالية وهي باقية ، وله تزويجها وتحصيل مهرها ، بخلاف ما لو وطئ زوجة ابنه أو أبيه بالشبهة ، فإنه يغرم المهر له ، لأنه فوت الملك والحيل جميعاً ، ولأن الحيل هناك هو المقصود .

[المسألة] الثالثة : إذا أحبلها بوطئه ، فالولد نسب حر ، كما لو وطئ جارية أجنبي بشبهة . وهل تصير الجارية أم ولد للأب ؟ فيه أقوال . أظهرها : نعم . والثالث : إن كان الأب موسراً ، فتعم ، وإلا ، فلا . وضعف الأصحاب هذا . فإن قلنا به ، قال الإمام : يجب أن تخرج الأقوال الثلاثة في تعجيل الاستيلاد ، وتأخيرها إلى أداء القيمة أو التوقف ، كما في سراية العتق في نصيب الشريك . وإذا قلنا : لا يثبت الاستيلاد ، فعلى الأب قيمة الولد باعتبار يوم الانفصال إن انفصل حياً ، لأن الرق اندفع بسببه . وإن انفصل ميتاً ، فلا شيء عليه ، ولا يجوز للابن بيع الأمة مالم توضع ، لأنها حامل بحرٍ ، وهل على الأب قيمتها في الحال للحيلولة ثم تسترد عند الوضع ؟ وجهان . أصحابها : المنع ، لأن يده مستمرة عليها ومنفعة بالاستخدام وغيره ، بخلاف الآبق من يد الغاصب . وهكذا الحكم في الجارية المغرور

(١) في الأصل : وتحرم .

(٢) في الأصل : الحبل .

محويتها ، والمطوعة بشبهة إذا أحبلتا ، وإذا ملك الأب هذه الجارية يوماً ، هل تصير أم ولد؟ فيه قولان معروفان . أمّا إذا قلنا بالأظهر : إنها تصير أم ولد ، فيجب على الأب قيمتها مع المهر . فإن اختلفا في القيمة ، فالقول قول الأب على المذهب ، لأنه غارم ، وقيل : قولان . ومتى ينتقل الملك في الجارية إلى الأب ؟ فيه أربعة أوجه . أحدها : قبيل العلق ليسقط ماؤه في ملكه صيانة له ، وبهذا قطع البغوي . والثاني : مع العلق ، واختاره الإمام . والثالث : عند الولادة . والرابع : عند أداء القيمة بعد الولادة . وفي وجوب قيمة الولد على الأب وجهان . أصحها : المنع . قال الإمام : لو فرض الانزال مع تغييب الحشفة ، فقد اقترون موجب المهر بالعلق ، فينبغي أن ينزل المهر منزلة قيمة الولد . والذي أطلقه الأصحاب من لزوم المهر ، محمول على ما إذا تأخر الانزال عن موجب المهر على ما هو الغالب . قال البغوي : لا ولاء على الولد إن أثبتنا الاستيلاد ، وكذا إن لم يثبت على الأصح .

[المسألة الرابعة : استولد الأب جارية مشتركة بين ابنه وأجنبي ، فثبت الاستيلاد في نصيب الابن على الأقوال السابقة ، فإن أثبتناه وكان موسراً ، سرى إلى نصيب الشريك ، فالولد حر ، وعلى الأب كمال المهر ، وكال القيمة للابن والأجنبي . وإن كان معسراً ، لم يثبت الاستيلاد في نصيب الشريك ، ويكون نصف الولد حراً ونصفه رقيقاً على الأظهر . وحكى أبو سعد ^(١) الهروي وجهاً أن الاستيلاد

(١) في الأصل : أبو سعيد ، وهو خطأ ، وأبو سعد هذا ، هو محمد بن أحمد بن يوسف الهروي الفقيه الشافعي من أهل هراة قتل شهيداً مع ابنه في جامع همدان سنة ٤٨٨ هـ وكان قاضياً فيها ، من كتبه « الاشراف في شرح أدب القضاء » للعبادي .

لا يثبت في نصيب الشريك بحال ، ولا يجعل حق الملك وشبهته كحقيقة الملك ، ولو كان نصف الجارية للابن ونصفها حراً ، اقتصر الاستيلاء على نصيب الابن لاحتالة .

[المسألة] الخامسة : لو كان الأب المستولد^(١) رقيقاً ، فلاحد عليه ، ولا تصير أم ولد ، لأنه لا يملك ، والولد نسيب . وفي حرية وجهان . أفى القفال بالحرية كولد المغرور ، وقيمه في ذمته إلى أن يعق ، والمهر يتعلق برقبته إن كانت مكروهة ، وإن طاوعت ، فهل يتعلق برقبته أم بذمته ؟ قولان كما لو وطئ العبد أجنبية بشبهة . ولو كان الأب المحبل مكاتباً ، ففي ثبوت الاستيلاء وجهان ، بناء على القولين في ثبوته إذا أولد جارية نفسه . ولو كان نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، لم يثبت الاستيلاء ، ويكون نصف الولد حراً ، وفي نصفه الآخر وجهان . قال البغوي : إن قلنا : إنه حر أيضاً ، فعليه كمال قيمة الولد ، ونصفها في كسبه ، ونصفها في ذمته . وإن قلنا : نصفه الآخر رقيق ، فعليه قيمة نصفه في كسبه .

فرع

لا فرق في الأحكام المذكورة ، بين الأب المسلم والذمي ، ونجوي الأقوال في ثبوت استيلاء [الذمي وإن كان الكافر لا يشتري المسلم ، لأنه ملك قهري كالإرث .

فرع

وطء الأب جارية البنت والحفدة كجارية [^(٢) الابن بلا فرق .

(١) في الأصل : الابن مستولد .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

[الحالة] الثانية : أن تكون الجارية موطوءة الابن ، ووطئها الأب عالماً بالحال ، فلا حدّ عليه على الأصح أو الأظهر . والخلاف مبني على القولين في وجوب الحد على من وطئ جاريته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو مصاهرة . الجديد الأظهر : لاحد^١ . قال الروباني في « التجربة » : الخلاف فيما إذا لم يكن الابن استولدها ، فإن كان ، وجب الحد قطعاً ، كذا قاله الأصحاب ، لأنه لا يتصور أن يملكها بحال ، بخلاف ما إذا كانت موطوءة غير مستولدة ، فإن أوجبنا الحد على الأب ، لم تحرم الجارية على الابن ، ويجب المهر إن كانت مكروهة . وإن كانت طائعة ، لم تجب على الأصح . وإن أولدها ، لم تصر أم ولد له ، ويكون الولد رقيقاً غير نسيب . وعلى هذا القياس إذا وطئ الرجل جاريته المحرمة عليه برضاع وغيره وأولدها ، لاتصير أم ولد إن أوجبنا الحد . وقيل : يثبت النسب والاستيلاد هنا وفي جارية الابن وإن أوجبنا الحد فيها ، والصحيح الأول . ولو أولد أحد الشريكين الجارية المشتركة ، ثبت النسب والاستيلاد ، وإن قلنا بالقديم : إنه يجب الحد ، لأنه وطئ صادم ملكه حقيقة ، وإنما أوجبنا الحد صيانة لملك الشريك . أما إذا قلنا : لاحد^٢ على الأب ، فهو كما لو كان جاهلاً يلزمه المهر ، وتصير الجارية محرمة عليها أبداً . فإن أولدها ، فإن كانت مستولدة الابن ، لم تصر مستولدة له ، لأن أم الولد لاتقبل النقل ، وإلا ففي مصيرها مستولدة للأب الأقوال الثلاثة السابقة في الحالة الأولى .

فرع

لو وطئ مكاتبته ابنه وأولدها ففي^(١) مصيرها مستولدة للأب وجهان . أحدهما : لا ، لأن المكاتبته لاتقبل النقل . والثاني : نعم ، لأنها تقبل الفسخ ، بخلاف الاستيلاد

(١) في الأصل : وفي .

وهذا أصح عند البغوي ، وبالأول قطع القاضي أبو سعد الهروي . قال : وليس كما لو أولد مكاتبته ، فإنه ينفذ الاستيلاء ، لأنه لا نقل ، ولا يحتاج إلى فسخ الكتابة ، بل يجتمع الاستيلاء والكتابة ، ولا منافاة .

فرع

كانت جارية الابن منكوحة رجل ، فأولدها الأب ، ففي ثبوت الاستيلاء الأقوال الثلاثة ، ويستمر النكاح وإن أثبتنا الاستيلاء ، كما لو استولدها سيدها ، ولا يجوز للزوج وطؤها في مدة الحمل .

فصل

لو وطئ الابن جارية الأب ، فهو كوطئ الأجنبية . فإن كان بشبهة ، نظر ، وإن ظنها أمته أو زوجته الحرة ، فالولد حر وعليه قيمته للأب . وإن ظنها زوجته الرقيقة ، انعقد الولد رقيقاً ثم عتق على الجد ، ولا يجب على الابن قيمته . وإن وطئها عالماً بالتحريم ، فهو زنا يتعلق به الحد ، لأن الابن لا يستحق الاعفاف على الأب ، فلا شبهة له ، بخلاف العكس ، ويلزم الابن المهر إن كانت مكروهة ، وإلا ، فلا على الأصح . ولو أتت بولد ، فهو رقيق للأب ، ولا يعتق عليه ، إذ لا نسب .

الطرف الثاني : في نكاحه جارية الابن ، للشافعي رضي الله عنه في جوازه

نصان . قيل : هما قولان بناءً على وجوب الاعفاف ، إن لم نوجبه ، جاز ، وإلا ، فلا . وقطع الجمهور بأنه لا يجوز قطعاً . قالوا : ونقل الجواز غلط ، إنما قال

الشافعي : يجوز أن يتزوج جارية أبيه ، فصحف المزني ، ومنهم من تأوله ، على ما إذا كان الابن معسراً لا يجد مؤونة الإعفاف وكانت له جارية يحتاج إلى خدمتها ، فيجوز أن يتزوجها الأب ، أو كان الأب مع إعساره صحيح البدن ، فإننا لانوجب نفقته وإعفافه على قول ، فيجوز أن يتزوجها . والصحيح في هاتين الصورتين ، أنه يبنى جواز نكاحه جارية الابن ، على أنه لو أولد جارية ابنه ، هل تصير مستولدة له ؟ إن قلنا : لا ، جاز ، وإلا ، فلا . وكذا الحكم إذا قلنا : لا يجب^(١) الاعفاف ، هذا كله إذا كان الأب حراً . فلو كان رقيقاً ، فله نكاح جارية ابنه ، لأنه لا تجب نفقته ، ولا إعفافه . وإذا استولد الرقيق جارية ابنه ، لم تصر أم ولد له كما سبق . ولو نكح الأب جارية أجنبي ، فملكها الابن ، وكان الأب بحيث لا يجوز له نكاح الأمة ، لم يفسخ نكاحه على الأصح . ويجري الوجهان فيما لو نكح جارية ابنه ثم عتق ، هل يفسخ ؟ إن قلنا : لا يفسخ ، أو جوزنا نكاح جارية ابنه ابتداءً فأولدها ، فقال الشيخ أبو حامد والعراقيون ، والشيخ أبو علي والغوي وغيرهم : لا تصير أم ولد له ، لأنه رضي برق ولده [حين]^(٢) نكحها ، ولأن النكاح حاصل محقق ، فيكون واطناً بالنكاح لابشبهة الملك ، بخلاف ما إذا لم يكن نكاح . وقال الشيخ أبو محمد ، ومال إليه الإمام : يثبت الاستيلاد وينفسخ النكاح .

فرع

لا يجوز للسيد نكاح جارية مكاتبه لشبهته [فيها]^(٣) . ولو أولد أمة مكاتبه ،

(١) في الأصل : لا يجوز .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٣) زيادة من نسخ الظاهرية .

حارت أم ولد للسيد . ولو نكح أمة فملكها مكاتبه ، انفسخ نكاحه على الأصح ، لأن تعلق السيد بملك المكاتب أشد من تعلق الأب .

قلت : ويجوز نكاح جارية ابنه من الرضاع ، ونكاح جارية أبيه وأمه قطعاً ، لعدم وجوب الاعفاف . **وانتهأعلم**

الطرف الثالث : في إعفاف الأب . المشهور أنه يلزم الولد إعفاف الأب . وخرج ابن خيران قولاً أنه لا يجب ، كما لا يجب إعفاف الابن ، ولا الاعفاف في بيت المال ، ولا على المسلمين . والتفريع على المشهور . فسبيل الإعفاف سبيل النفقة ، فيجب للمعسر الزَّمن ، وفي المعسر الصحيح قولان كالنفقة . وقيل : حيث تجب النفقة ، فالإعفاف أولى ، وإلا فقولان ، لأن النفقة إذا لم تجب على الولد ، وجبت في بيت المال . وقيل : حيث لا نفقة ، فلا إعفاف ، وإلا ، فقولان لأن النفقة أهم ، ولهذا يجوز للمضطر أكل طعام غيره ، بخلاف الجماع .

فرع

حيث وجب الإعفاف ، يستوي في لزومه الابن والبنت ، ويثبت للأب والأجداد من جهتي الأب والأم وإن علوا ، ويثبت للكافر على الأصح . ولو اجتمع أصلان محتاجان ، فإن وفى مال الولد بإعفافها ، وجب . فإن لم يف إلا بأحدهما ، نظر ، إن اختلفا في الدرجة ، قدم الأقرب إن استويا في العصوبة أو عدمها . فإن كان الأبعد عصوبة دون الأقرب ، كأي أبي أب ، مع أي أم ، فالأول أولى على الأصح . وقيل : هما سواء . وإن لم يكن لواحد عصوبة ، كأي أم الأب ،

وأبي أبي الأم ، فسواء . وحيث استويا ، يقرع بينها على الصحيح ^(١) . وقيل :
يقدم القاضي باجتهاده .

قلت : قال الإمام : إن رأينا القرعة ، لم يرفع الأمر إلى القاضي ، وإن
قلنا : يجتهد القاضي ، فأدى اجتهاده إلى شيء ، فعل . فإن استويا في نظره ، تعينت
القرعة . والله أعلم

ولو اجتمع عدد من يجب عليهم الإعفاف ، كالأولاد والأحفاد ، فليكن حكمه
كما سيأتي في النفقات إن شاء الله تعالى .

فرع

لا يجب إعفاف قادر على إعفاف نفسه بماله ، وكذا الكسوب الذي يستغني
بكبسه عن غيره ، كذا قاله الشيخ أبو علي ، وينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور
في النفقة . ولو وجد قدر النفقة ، ولم يجد مؤونة الإعفاف ، فهل يجب الإعفاف
ل حاجته إليه ، أم لا لعدم وجوب النفقة ؟ وجهان . أصحها : الأول .

ولو سقط وجوب النفقة أياماً لعارض ، قال الإمام : لا ينبغي أن يكون هنا ^(٢)
خلاف في وجوب الإعفاف . ولو قدر على سرية ولم يقدر على مهر حرة ،
فالمتمجه أن لا يجب إعفافه ، لأنه لا يتعين في إعفافه تزويجه حرة كما سيأتي إن شاء
الله تعالى .

(١) في نسخ الظاهرية : على الأصح .

(٢) في الأصل : هناك .

فرع

شرط الإعفاف ، الحاجة إلى النكاح ، فإذا ظهرت الحاجة إلى قضاء الشهوة والرغبة في النكاح ، صدق بغير بين ، لأن تخليفه في هذا المقام لا يلبق بجرمته ، لكن لا يحل له طلب الإعفاف إلا إذا صدقت شهوته ، بحيث يخاف العنت أو يضره به التعزُّب ، أو يشق عليه الصبر .

فصل

المراد بالإعفاف ، أن يهيب له مستمتعاً ، بأن يعطيه مهر حرة ينكحها ، أو يقول : تزوّج وأنا أعطي المهر ، أو يباشر النكاح بإذن الأب ويعطي المهر ، أو يملكه جارية تحل للأب ، أو ثمن جارية . وسواء كانت الحرة المنكوحه مسلمة أو كتيابة ، وأوماً الروباني إلى وجه [أن] ^(١) الكتابة لا تكفي وهو شاذ ، وليس للأب [أن] يعين النكاح ، ولا يرضى بالتسري ، ولا إذا اتفقا على النكاح أن يعين ربيعة المهر لجمال أو شرف . ولو اتفقا على مهر مقدّر ، فتعين المرأة إلى الأب ، ولا يجوز أن يملكه أو يزوجه شواء ، أو عجوزاً ، ثم على الولد أن ينفق على زوجة الأب أو أمته ويقوم بمؤناتها . ولو أيسر الأب بعدما ملكه الولد جارية أو ثمنها ، لم يكن له الرجوع ، كما لو أعطاه نفقة فلم يأكلها حتى أيسر . ولو كان تحتها صغيرة أو عجوز ، أو رتقاء ولم تندفع حاجته ، فالقياس وجوب الاعفاف ، وأنه لا يجتمع عليه نفقتان . ولو ماتت الأمة التي ملكه إياها ، أو الحرة التي تزوجها ، أو فسخت النكاح بعيه ، أو فسخ بعيها ، أو انفسخ برودة

(١) الزيادة من نسخ الظاهرية .

أو رضاع ، بأن أرضعت التي نكحها صغيرة كانت زوجة له ، وجب على الولد تجديد الاعفاف كما لو دفع إليه نفقة فسرفت منه . وقيل : لا يجب ، والصحيح الأول .

قلت : قال الإمام : ولو فرض الإعفاف مراراً ، أو بموت الزوجات ، تجدد الأمر بوجوب الإعفاف مادامت الحاجة ، ولا ينتهي ذلك ، وإن كثر تكرار الاعفاف . والله أعلم

فلو طلقها أو خالعا ، أو أعتق الأمة ، فإن كان لعذر من شقاق أو نشوز أو غيرهما ، وجب التجديد على الأصح ، وإلا فلا . وفي « التتمة » وجه ، أنه إذا طلق^(١) ، لزمه أن يزوجه مرة أخرى ، أو يسريه . فإن طلق ثانياً ، لم يزوجه بعد ذلك بل يسريه ، ويسأل الحاكم الحजर عليه لثلا ينفذ إعتاقه . وإذا وجب التجديد ، فإن كانت بائنة ، لزم التجديد في الحال ، وإن كانت رجعية ، لم يجب إلا بعد انقضاء العدة .

فرع

إذا قلنا : لا يجب الاعفاف ، فللأب الاحتاج أن ينكح أمة . وإن أوجبناه ، فوجهان . أحدهما : يجوز لأنه غير مستطيع حرة وخائف العنت . وأصحابها : المنع ، لأنه مستغن ببال ولده . فإن قلنا بالأول ، حصل الاعفاف بأن يزوجه أمة .

(١) في الأصل : أطلق .

الباب الحادي عشر

في أحكام نكاح الأمة [والعبد ^(١)]

فيه طرفان .

[الطرف الأول] في نكاح الأمة وفيه مسائل .

إحداها : إذا زوج أمته ، لم يلزمه تسليمها إلى الزوج ليلاً ونهاراً ، لكن يستخدمها نهاراً ويسلمها إلى الزوج ليلاً . ولو أراد السيد أن يسلمها نهاراً بدلاً عن الليل ، لم يكن له . ولو قال السيد : لا أخرجها من داري ، ولكن أخلي لك بيتاً لتدخله وتخلو بها ، فقولان . أظهرهما : ليس له ذلك ، فإن الحياء والمروءة تمنعانه دخول دار غيره . وعلى هذا ، فلا نفقة على الزوج كما لو قالت الحرة : ادخل بيتي ولا أخرج إلى بيتك . والثاني ، للسيد ذلك لتدوم يده على ملكه مع تمكن الزوج من حقه . فعلى هذا يلزمه النفقة . فإن قلنا بالأول ، وكانت محترفة ، فقال الزوج : دعوها تحترف للسيد في يدي وبيتي ، فليس له ذلك على الأصح .

[المسألة الثانية : للسيد أن يسافر بها ، لأنه مالك رقبتها ، ولا يمنع الزوج من المسافرة معها ، ولا يكلف أن يسافر بها وينفق عليها . وإذا لم يسافر معها ، لم يكن عليه نفقتها . وأما المهر ، فإن دخل بها ، فقد استقر وعليه تسليمه ، وإلا فلا . فإن كان سلمه ، فله أن يسترده .

قلت : وليس للزوج المسافرة بها منفرداً إلا بإذن السيد . والله أعلم

[المسألة الثالثة] : ولو سامح السيد فسلمها ليلاً ونهاراً ، فعلى الزوج تسليم المهر وتقام النفقة ، وإن لم يسلمها إلا ليلاً ، فهل تجب جميع النفقة أم نصفها ، أم لا يجب شيء ؟ فيه أوجه . أصحابها عند جمهور العراقيين والبغوي : أنه لا يجب شيء ، ويجري الوجهاً الأخيران فيما إذا سلمت الحرة نفسها ليلاً واشتغلت عن الزوج نهاراً .

قلت : الصحيح الجزم في الحرة بأنه لا يجب شيء في هذه الحال . والله أعلم

وأما المهر ، فقال الشيخ أبو حامد : لا يجب تسليسه كالنفقة . وقال القاضي أبو الطيب : يجب . قال ابن الصباغ : لأن التسليم الذي يتمكن معه [من]^(١) الوطء قد حصل ، وليس كالنفقة ، فإنها لا تجب بتسليم واحد .

: الأصح الوجوب . والله أعلم

[المسألة الرابعة] : هلاك المنكوحة بعد الدخول ، لا يسقط شيئاً من المهر حرة كانت ، أو أمة ، سواء هلكت بموت أو قتل . فأما إذا هلكت قبل الدخول ، فإن قتل السيد أمته المزوجة ، فالنص في « المختصر » أن لامهر . ونص في « الأم » في الحرة إذا قتلت نفسها لا يسقط شيء من المهر . وللأصحاب طريقتان . أحدهما : تقرير النصين . وأشهرهما : طرد قولين فيها ، ثم الحرة إذا ماتت أو قتلها الزوج ، أو أجنبي ، لم يسقط مهرها قطعاً ، وكذا لو قتلت نفسها على المذهب . وأما الأمة ، فإن قتلها سيدها ، أو قتلت نفسها ، سقط على المذهب وهو نصه . وإن ماتت أو قتلها الزوج أو أجنبي ، لم يسقط على الصحيح .

قال البغوي : إذا قلنا : قتل السيد أمته يسقط المهر ، فلو تزوج رجل أمة

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

أيه ثم وطئها الأب قبل أن يدخل بها الابن ، وجب أن يسقط المهر لأن قطع النكاح حصل من مستحق المهر قبل الدخول .

[المسألة] الخامسة : لو باع الأمة المزوجة ، لم ينفسخ النكاح ويكون المهر للبائع إن سمي في العقد مهر صحيح أو فاسد ، سواء دخل بها قبل البيع أو بعده ، لأنه وجب بالعقد وكان العقد في ملكه . ولو طلقها الزوج بعد البيع قبل الدخول ، كان نصف المهر للبائع ، وإن كان زوجها مفوضة ثم جرى فرض أو دخول قبل البيع ، فالمفروض أو مهر المثل للبائع أيضاً . وإن جرى الفرض أو الدخول بعد البيع ، فهل المفروض أو مهر المثل للبائع أم للمشتري ؟ فيه طريقتان . أصحها : على وجهين بناءً ، على أن الوجوب بالفرض والدخول ، أم نتبين بهما الوجوب بالعقد ؟ وفيه قولان . أظهرهما الأول . وإن قلنا بالأول ، فهو للمشتري ، أو بالثاني ، فللبائع . والطريق الثاني : أنه للبائع قطعاً ، لأن العقد هو السبب وجرى في ملكه . ولو مات أحد الزوجين بعد البيع وقبل الفرض والدخول ، وأوجبت المهر ، ففيمن يستحقه هذا الخلاف . ولو طلقها بعد البيع وقبل الفرض والدخول ، فالمتعة للمشتري لأنها تجب بالطلاق وهو في ملكه . ولو أعتق أمته المزوجة ، فالمر على هذا التفصيل ، فحيث جعلناه للبائع ، فهو هنا للمعتق ، وحيث جعلناه للمشتري ، فهو للمعتقة ، وحيث قلنا : هو للبائع ، أو المعتق ، ولم يجز دخول ، فليس له حبسها لدفع الصداق ، لأنها خرجت عن ملكه وتصرفه ، وليس للمشتري ولا للمعتقة الحبس أيضاً لأنها لا يملك المهر . وحيث قلنا : المهر للمشتري ، أو المعتقة ^(١) فلها الحبس لاستيفائه ^(٢) . ولو أعتقها وأوصى لها بصداقها ، فليس لها

(١) في نسخ الظاهرية : المعتقة .

(٢) في الأصل : لاستيفائه .

حبس نفسها لاستيفائه ، لأن استحقاقها بالوصية لا بالنكاح . ولو تزوج أمة ولده^(١) ، ثم مات وعتقت وصار الصداق للوارث ، فليس له حبسها ، إذ لا ملك له فيها .

فرع

هذا الذي ذكرناه كله في النكاح الصحيح ، أما إذا زوجها تزويجاً فاسداً ، ثم باعها ووطئها الزوج بعد البيع ، فمهر المثل للمشتري ، لأنه وجب بالطء في ملكه ، وإن وطئ قبل البيع فللبائع .

السادسة : قد سبق أنه يجوز أن يزوج أمته بعده ، ولا مهر ، لأن السيد لا يثبت له دين على عبده ، ولهذا لو أتلف ماله لم يقتض ضماناً^(٢) في الحال ولا بعد العتق . قال الشيخ أبو علي : وهل نقول^(٣) : وجب المهر لحرمته للنكاح ثم سقط ، أم لم يجب أصلاً ؟ فيه وجهان . ولو أعتقها أو أحدهما ، فلا مهر لا للسيد ولا للمعتقة وإن جرى الدخول بعد العتق ، وكذا لو باعها ودخل الزوج بها في ملك المشتري ، فلا مهر ، لأنه ملك بضعها^(٤) أولاً بلا مهر ، وفيه احتمال للشيخ أبي علي على قولنا : لا يجب بالعقد أصلاً . قال : ولا يجيء الاحتمال على قولنا : يجب ثم يسقط ، لأنه كالمقبوض .

(١) في نسخ الظاهرية : ولو زوج أم ولده .

(٢) في الأصل : ضمان .

(٣) في الأصل : نقل .

(٤) في الأصل : بعضها .

فصل

إذا قال لأمنه : أعتقتك على أن تكحيني ، أو على أن أنكحك ، لم تعتق إلا بالقبول [على الاتصال] ^(١) . وسواء قال مع ذلك : وعقتك صداقك أو لم يقل . ولو قالت ابتداء : اعتقني على أن أنكحك ، فأجابها إليه ، فكذلك ، ثم لا يلزمها الوفاء ، لأن النكاح لا يصح التزامه في الذمة . وفي « شرح مختصر الجويني » وجه ، عن أبي إسحاق ، أنه يلزمها الوفاء ، وهو شاذ لا يلتفت إليه ، والصواب الأول ، ويلزمها قيمتها للسيد ، لأنه أعتقها على عوض لم يسدّم ، فصار كإعتاقها على خمر ، وسواء في لزوم القيمة وقت بالنكاح المشروط أو لم تف . ولو رغبت في النكاح ، فللسيد أن يمتنع ولا تسقط القيمة بذلك . ولو تراضيا على النكاح وأصدقها غير القيمة ، فلها ما أصدقها وله عليها القيمة ، وقد يقع التقاص . وإن أصدقها القيمة ، فإن علمها ^(٢) عند العقد ، صح الاصداق ، وبرئت ذمتها . وإن جهلاها جميعاً أو أحدهما ، فوجهان . أصحها : فساد الصداق كسائر الجهولات . فعلى هذا ، لها مهر المثل وعليها القيمة . والثاني وبه قال ابن خيران : يصح ، لأن القيمة لم تثبت مقصودة ، وكما لو أصدقها عبداً جهلاً بقيمته . ولو أتلفت امرأة على رجل عبداً ، فتزوجها بقيمته المجهولة ، فسد الصداق قطعاً ، ورجعت إلى مهر المثل . قال الامام : ولو طرد الوجهان هنا لكان قياساً ، ولو نكحها المعتق على أن يكون عتقها صداقها ، فسد الصداق لأن العتق قد تقرر فلا يكون صداقاً لنكاح متأخر . وفي « الرق » للعبادي وجه ، أنه يصح ، وكأنه بالشرط جعل رقبته صداقاً ، والصحيح الأول . والمستولدة ، والمذبذبة ، والمكاتب ، والمعتق بعضها ، حكمهن في الاعتاق على أن ينكحنه

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

(٢) في الأصل : أكملها .

حكم القنة . وحكى ابن القطان وجهاً ، أنه لاقية على المستولدة لأنها لا تباع .
ولو قال لغيره : اعتق عبدك عني على أن أنكحك بنتي ، فأجاب ، أو قالت امرأة :
أعتقه على أن أنكحك ، ففعل ، عتق العبد ، ولم يلزم الوفاء بالنكاح . وفي وجوب
قيمة العبد ، وجهان بناءً على القولين فيما لو قال : اعتق عبدك عنك على ألف علي ،
هل يلزمه الألف أم لا ؟ أصحابها عند الشيخ أبي حامد والبغوي وغيرهما : أنه
لا يلزمه ، إذ لا يعود إليه نفع بعته . ولو قال لأتمته : أعتقتك على أن تنكحني^(١)
زيداً ، فقبلت ، ففي وجوب القيمة وجهان حكاهما الحناطي .

فرع

قالت لبعدها : أعتقتك على أن تنكحني ، ففي افتقار عتقه إلى قبوله وجهان .
أحدهما : نعم . فإذا قبل ، عتق ولزمه قيمته ، ولا يلزمه الوفاء . وأصحابها : لا ، بل
يعتق بلا قبول ولا شيء عليه .

فرع

إذا لم يأمن السيد وفاءها بالنكاح ولم يرد العتق إن لم تنكحه ، فهل لذلك
طريق يثق به ؟ وجهان .

أحدهما : نعم . قال ابن خيران : وطريقه أن يقول : إن كان في علم الله
تعالى أن أنكحك أو تنكحيني بعد عتقتك ، فأنت حرة . فإن رغبت وجرى
النكاح بينها ، عتقت وحصل غرض السيد ، وإلا استمر الرق . ونسب الإمام
هذا الوجه إلى صاحب « التقريب » ، وعبارته في هذا التعليق : إن يسر الله تعالى

(١) في الأصل : تنكحني .

بيننا نكاحاً فأنت حرة قبله يوم ، فإذا مضى يوم ونكحته ، انعقد النكاح وتبين حصول العتق قبله يوم ، وذكر اليوم جرى تمثيلاً ، ويكفي أن يقول : فأنت حرة قبل .

والوجه الثاني وبه قال أكثر الأصحاب : لا يصح النكاح في هذه الصورة ، ولا يحصل العتق لأنه حال العتق ساكناً ، هل هي حرة أو أمة ^(١) ، كما إذا قال لأمتي : إن دخلت الدار فأنت حرة قبله بشهر ، وأراد أن ينكحها في الحال ، لا يصح .

الطرف الثاني : في نكاح العبد وفيه مسائل .

إحداها : المهر والنفقة لازمان في نكاح العبد لزومها ^(٢) في نكاح الحر .

ويم يتعلقان ؟ نظر ^(٣) هل العبد محجور عليه أم مأذون له في التجارة ؟ فيها حالان .

الأول : المحجور عليه ، فينظر ، أمكتسب هو أم لا ؟ إن كان مكتسباً تعلقا بكسبه ، ويتعلقان بالكسب العام كالاصطياد والاحتطاب وما يحصله ^(٤) بصنعة وحرفة ، وبالأكساب النادرة كالحاصلة بالوصية والهبة . وفي وجه : لا يتعلقان بالناذر .

والصحيح الأول ، وإنما يتعلقان بما كسب بعد النكاح . فإن كان المهر مؤجلاً ، لم يتعلق إلا بما كسبه بعد حلول الأجل . وهل للعبد أن يؤجر نفسه للمهر والنفقة ؟ وجهان بناءً على بيع المستأجر . إن جوزناه ، جاز ، وإلا ، فلا لئلا يمنع البيع على السيد . قال المتولي : والوجهان في إجارة العين . فأما إذا التزم عملاً في الذمة ، فالمذهب جوازه ، لأنه دين في ذمته لا يمنع البيع .

(١) في الأصل : أو أمتي .

(٢) في الأصل : لزومها .

(٣) في نسخ الظاهرية : ينظر .

(٤) في الأصل : وإما يحصل .

وطريق الصرف إلى المهر والنفقة ، أن ينظر في الحاصل كل يوم فيؤدي منه النفقة إن وفى بها ، فإن فضل شيء صرف إلى المهر ، وهكذا كل يوم حتى يتم المهر ، فإذا تم ، صرف الفاضل عن النفقة إلى السيد ، ولا يدخر للنفقة .

وإن لم يكن مكتسباً ، فهو في ذمة العبد ، أم في رقبته ، أم على السيد ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها الأول . وطرده القاضي أبو حامد القول الثاني في المكتسب .

الحال الثاني : أن يكون مأذوناً له في التجارة ، فالمهر والنفقة يتعلقان بربح ما في يده ، لأنه كسبه ، ويتعلقان برأس المال على الأصح . وفي الربح الذي يتعلقان به وجهان . أحدهما : الحاصل بعد النكاح فقط ، كما في كسب غير المأذون له . وأصحها : يتعلق به وبالحاصل قبل النكاح أيضاً ، هذا كله في المهر الذي تناوله الاذن . أما لو قدر السيد مهراً ، فزاد العبد ، فالزيادة لا تتعلق إلا بالذمة .

المسألة الثانية . يجب على السيد تخليّة العبد بالليل للاستمتاع ، وله أن يستخدمه نهائراً إذا تكفل بالمهر والنفقة ، وإلا فعليه أن يخليه ليكتسب . فإن استخدمه ولم يلتزم ^(١) شيئاً ، لزمه الغرم لما استخدمه . وفيما يغرمه وجهان . أحدهما : أقل الأمرين من أجره المثل وكال المهر والنفقة . والثاني : كال المهر والنفقة . وعلى الوجهين في المراد بالنفقة وجهان . الصحيح : نفقة مدة الاستخدام . والثاني : نفقة مدة النكاح ما امتدت ، لأنه ربما كان يكسب ما يفي بجميع ذلك . ولو استخدمه أجنبي ، لم يلزمه إلا أجره المثل ، لأنه لم يوجد منه إلا الانتلاف ، ولم يسبق منه ما سبق من السيد ، وهو الاذن المقتضي لالتزام مؤن النكاح .

(١) في الأصل : يلزم .

[المسألة] الثالثة : للسيد أن يسافر بالعبد وإن تضمن منعه من الاستمتاع^(١) ، لأنه مالك الرقبة ، كما يسافر بالأمّة المزوّجة ، ثم للعبد أن يسافر بزوجه معه . قال البغوي : ويكون الكراء في كسبه . فإن لم تخرج الزوجة معه ، أو كانت رقيقة فمنعها سيدها ، سقطت نفقتها . وإن لم يطالبها الزوج بالخروج ، فالنفقة مجالها ، والسيد يتكفل بها ، فإن لم يفعل ، ففيها يغرمه في مدة السفر بخلاف السابق . هذا هو المنقول في الطرق ، ونص عليه في « المختصر » . ونقل الإمام عن العراقيين ، أنه [ليس]^(٢) للسيد استخدامه ، ولا أن يسافر به ما بقيت عليه مؤنة من مؤن النكاح ، وجعل المسألة ذات خلاف للأصحاب ، ولا يكاد يتحقق فيها خلاف .

فرع

أكثر ما ذكرناه في هذه المسائل متفرع على القول الجديد ، وهو أنه إذا أجرى النكاح بإذن السيد ، لا يصير ضامناً بالإذن للمهر والنفقة ، لأنه لم يلتزمه^(٣) تصريحاً و [لا] تعريضاً . وقال في القديم : يصير ضامناً بالإذن ملتزماً بالمهر والنفقة . واتفق الأصحاب على أن الجديد هو الأظهر . فعلى الجديد : لو أذن بشرط الضمان لم يصّر ضامناً أيضاً ، لأنه لا وجوب عند الإذن . وإذا قلنا بالقديم ، فهل يجب على السيد ابتداءً ، أم يلاقي العبد ثم يحمل عنه السيد ؟ وجهان حكاهما أبو الفرج الزاز . فعلى الأول : لا تتوجه المطالبة إلا على السيد . ولو أبرأت العبد ، فهو لغو .

(١) في الأصل : الاستمتاع .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٣) في الأصل : يلزمه .

وعلى الثاني : تتوجه المطالبة عليها ، ويصح إبراء العبد ، ويبرأ به السيد . وصح أبو الفرج الوجه الثاني ، وقطع البغوي بالأول ، وكلام الإمام يقرب منه .

فرع

في فتاوى القاضي حسين ، أنه لو زوّج أمته عبده ، فنفقة الأمة على السيد كنفقة العبد . فلو أعتقها السيد وأولادها ، سقطت نفقتهم عنه ، وتعلقت نفقتها بكسب العبد ، وعليها نفقة الأولاد إن كانت موسرة ، وإلا ففي بيت المال . ولو أعتق العبد دونها ، سقطت نفقتها عنه ، وكانت نفقة الأمة على العتيق كحر تزوج أمة غيره .

المسألة الرابعة : هذا الذي سبق حكم المهر في النكاح الصحيح . وأما المهر في النكاح الفاسد ، فله صورتان .

إحدهما : إذا فسد نكاح العبد لجريانه بغير إذن سيده ، فرق بينه وبين المرأة ، فإن دخل بها قبل التفريق ، فلا حدّ للشبهة ، ويجب مهر المثل . وهل يتعلق بدمته لكونه وجب برضى مستحقّه ، أم برقبته لأنه إتلاف ؟ فيه قولان . أظهرهما : الأول ، ومنهم من قطع به . وإن جرى النكاح بغير إذن مستحق المهر ، بأن نكح أمة بغير إذن سيدها ووطئها ، فطريقان . أحدهما : القطع بتعلقه بالرقبة ، وبه قال ابن الحداد ، كما لو أكره أمة أو حرة على الزنا . والثاني : طرد القولين ، لأن المهر وإن كان لغيرها فيمكنها إسقاطه في الجملة بإرضاع أو ريّة .

الثانية : أذن سيده في النكاح ، فنكح نكاحاً فاسداً ودخل بها قبل التفريق^(١)

(١) في الأصل : التفريق .

فهل يتعلق المهر بذمته ، أم بقربته ، أم بكسبه ؟ أقوال . أظهرها الأول . ولو نكح بالإذن صحيحاً ، لكن فسد المهر ، قال الصيدلاني : تعلق مهر المثل بالكسب قطعاً . ولو صرح بالإذن في نكاح فاسد ووجب مهر المثل ، فقياس هذه الصور^(١) تعلقه بالكسب .

فرع

في فتاوى القاضي حسين أنه لو اختلف السيد والعبد في الإذن في النكاح ، فقال السيد : ما أذنت ، فالوجه أن تدعي المرأة على السيد أن كسب هذا العبد مستحق لي لمهري ونفقتي لسمع القاضي البينة .

فصل

سبق في « باب موانع النكاح » أنه متى ملك أحد الزوجين جزءاً من الآخر ، انفسخ النكاح . فلو كان لرجل عبدٌ في نكاحه أمة ، فأعطاه مالاً وقال : اشتراها لي ، ففعل ، صح واستمر النكاح ، كما يجوز أن يزوج عبده بأمة . ولو ملكه المال فقال : اشتراها لنفسك ، ففعل ، فإن قلنا : يملك [العبد] بتملك السيد ، انفسخ النكاح ، وإلا ، فالملك للسيد ، والنكاح مستمر . ولو اشترى مَنْ بعضه حر زوجته ، نظر ، إن اشتراها بالكسب المشترك بينها ويأذن سيده ، ملك جزءاً منها وانفسخ النكاح . وإن لم يأذن السيد ، لم يصح في نصيبه ، وفي نصيب العبد قولاً تفريق الصفة . إن صح فيه ، انفسخ النكاح . [وإن اشتراها بخالص

(١) في الأصل : الصورة .

ماله ، انفسخ النكاح] وإن اشتراها بخالص مال سيده من كسبه بإذنه ، لم ينفسخ ،
وهكذا الحكم لو اشترت من بعضها حر زوجها .

فرع

مضى ملكت زوجها بشراء أو هبة وغيرها ، نظر ، إن كان قبل الدخول ،
فهل يسقط كل المهر ، أم نصفه ؟ وجهان . وقيل : قولان . أصحابها : كله ،
ومنهم من قطع به . وإن كان بعد الدخول ، لم يسقط شيء من المهر بالانفساخ .
فإن كانت قبضته ، لم ترد شيئاً منه ، وإلا فقد ملكت عبداً لها في ذمته دين ،
وفيه وجهان سبقا في « كتاب الرهن » وغيره . أحدهما : يسقط كما لا يثبت له
على عبده دين ابتداءً . وأصحابها : يبقى ، لأن الدوام أقوى من الابتداء . فإن
قلنا : يسقط ، برئت ذمة العبد من المهر ، وللبائع الثمن عليها ، وإن قلنا :
يبقى ، فلها مطالبة العبد إذا عتق ، وللبائع الثمن عليها في الحال . فإن كان
السيد البائع وضمن ^(١) المهر ، فلها عليه المهر بالضمان ، وله عليها الثمن وقد يقع
التقاص . أما إذا ملك زوجته بالشراء ، فينظر ، إن ملكها بعد المسيس ، فعليه
المهر للبائع مع الثمن . وإن ملكها قبله ، فالمذهب وهو نصه : أنه يجب نصف
المهر . وقيل : لا يجب شيء .

ولو نكح جارية مورثه كأييه ، ثم ملك بالإرث كلها أو بعضها ، فإن كان
بعد الدخول ، لم يسقط المهر بالانفساخ لاستقراره وهو تركه للميت . فإن احتيج
إليه لقضاء دين وتنفيذ وصية ، فعل ؛ وإلا سقط إن كان النكاح حائزاً ، وإلا
فلغيره من الورثة استيفاء نصيبه . وإن كان قبل الدخول ، فوجهان . أحدهما

(١) في الأصل : ضمن بغير واو ، والتصحيح من مخطوطات الظاهرية .

قاله ابن الحداد : يسقط جميع المهر : فيستردّه ، من التركة إن كان قبض . وأصحابها : لا يسقط إلا النصف . فعلى هذا : إن كانت حائزاً ، سقط النصف الآخر لأنه مستحقه ، وإلا سقط نصيبه وللآخر نصيبه . ولو زوج رجل بنته بعبد ياذنها ، ثم مات فورثت بعض زوجها ، فإن كان بعد الدخول ، فسقط ماورثته من المهر دين لها على مملوكها ، ولها المطالبة بالباقي من كسب ما ترث منه . وإن كان قبل الدخول ، فعلى قول ابن الحداد : يسقط جميع المهر . وعلى الأصح : لا يسقط إلا النصف ، وحكم النصف الباقي حكم الجميع بعد الدخول ، وجميع ما ذكرناه إذا اشترت زوجها بغير الصداق . فلو اشترته بعين الصداق ، فيقدم عليه مقدمتين . إحداهما : إذا نكح العبد نكاحاً صحيحاً وقلنا : لا يصير السيد ضامناً للمهر بالعقد . فلو ضمن عنه ، جاز ، لأنه ضمان دين لازم . ثم إن كان العبد كسوباً ، فللزوجة مطالبة العبد والسيد جميعاً ، وإلا ، فلا يطالب السيد ، وكذا الحكم لو طلقها بعد الدخول والمهر [غير^(١)] مقبوض . وإن طلقها قبل الدخول ، سقط نصف المهر عنها ، ومطالبتها بالنصف الآخر على التفصيل المذكور . فان كانت قبضت المهر ، ردت نصفه على السيد إن بقي الزوج على الرق عند الطلاق . فان كان أعنته ، فعلى الزوج .

الثانية : صورة البيع بعين الصداق ، أن يلتزم السيد الصداق ، إما بأصل العقد على القديم ، وإما بالضمان اللاحق على الجديد ، ويصرح المتبايعات بالإضافة إليه ، بأن يقول سيد العبد لزوجته الحرة : بعتك زوجك بصداقك الذي يلزمي وهو كذا ، فتشتري . أما إذا صرحا بالمغايرة أو طلقا ، فهو يبيع بغير الصداق .

(١) زيادة من غلوطة الظاهرية .

مثاله : كان الصداق ألفاً ، فقال : بعتك بألف غير الصداق ، أو بألفين ، أو أطلق فقال : بعتك بألف . ولو اختلف جنس الصداق ، فلا شك في المغايرة . ولو دفع عينا إلى عبده ليجعلها صداق من ينكحها ، ففعل ، ثم باعها العبد بتلك العين ، فهو يبيع بالعين .

إذا عرفت المقدمتين ، فالبيع بعين الصداق ، إما أن يجري قبل الدخول ، وإما بعده .

الحالة الأولى : أن يجري قبله فإن قلنا بالأصح : إنه يسقط كل المهر ، لم يصح البيع ، بل يستمر النكاح ، لأنه لو صح البيع للمكت زوجها وانفسخ النكاح وسقط المهر ، وعري البيع عن العوض وبطل ، فتصححه يؤدي إلى بطلانه ، هذا مانص عليه الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى . وقال الشيخ أبو علي : يجب عندي أن يصح البيع ويبطل النكاح ، لأن البيع وارتفاع النكاح لا يقعان معاً ، بل يكون الفسخ بعد البيع وحصول الملك حتى لا يحكم بانفساخ النكاح مادام في المجلس ، إن قلنا : إن الخيار يمنع حصول الملك للمشتري . وإذا كان الانفساخ عقيب البيع والملك ، كان في زوال ملكها عن الصداق مع حصول ملكها في الرقبة ، فلا يبطل الثمن بالانفساخ ، بل أثر الانفساخ الرجوع إلى بدل الصداق ، وهذا الذي قاله أبو علي ، نقله المتولي وجهاً . وإن قلنا : إن تملكها الزوج قبل الدخول ، يقتضي تصنيف المهر ، بني على خلاف سنذكره في الحالة الثانية إن شاء الله تعالى ، وهي إذا جرى بعد الدخول . فإن لم نصحح البيع هناك ، فكذا هنا ، وإلا بطل البيع هنا في نصف العبد ، ويخرج في الباقي على تفريق الصفقة . فإن فرقنا ، انفسخ النكاح . هذا قول الجمهور ، وعلى قول الشيخ أبي علي : يصح البيع في جميعه لاحتالة .

الحالة الثانية : أن يجري البيع بعين الصداق بعد الدخول ، فينبى على الخلاف في أن من ملك عبداً له عليه دين ، هل يسقط ذلك الدين ؟ إن قلنا بالأصح : إنه لا يسقط ، صح البيع ، وتصير مستوفية للمهر المستقر بالدخول ، ولا شيء لواحد من المتبايعين على الآخر . وإن قلنا : يسقط وتبرأ ذمة العبد ، فهل يصح البيع أم لا ؟ وجهان . أصحها : الصحة ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، ونقله القفال عن شيوخ الأصحاب ، إذ ليس هو كما قبل الدخول ، فإن سقوط المهر هناك بانفساخ النكاح ، بدليل أنه لو كان مقبوضاً ، وجب رده فلا يمكن جعله ثمتاً ، وهنا السقوط بمحدث الملك . وإذا جعل ثمتاً ، فكأنها استوفت الصداق قبل لزوم البيع ، فليس لها بعدما ملكت الزوج صداق في رقبته حتى يسقط ، وجميع ما ذكرناه فيها إذا اشترت زوجها وهي حرة . فأما إذا كانت أمة فاشتوته بإذن سيدها ، أو كانت مأذوناً لها في التجارة فاشتوته للتجارة ، فيصح البيع ويستمر النكاح ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، وسواء اشترت بعين الصداق أم بغيره ، لأن الملك للسيد ، لكن إذا اشترته بعين الصداق ، برىء السيد والعبد ، لأن الكفيل إذا أدّى برىء الأصيل ، ولا رجوع للسيد على العبد كما لو ضمن عنه ديناً آخر أدّاه في رقه [وإن] ^(١) اشترته بغير ^(٢) الصداق ، ففي سقوط الصداق على العبد لكون سيدها ملكه وله عليه دين الوجهان المتكوران ، فإن سقط ، برىء سيده البائع عن الضمان لبراءة الأصيل ، ويبقى الثمن بحكم الشراء ، وإلا ، فليسيد الأمة على بائع العبد الصداق ، وللبائع عليه الثمن ، وقد يقع التقاص ، فإذا تقاصا ، برئت ذمة العبد عن حق المشتري لأنه بالتقاص استوفى حقه من البائع .

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في نسخ الظاهرية : بعين ، ولعل الصواب ما في نسختنا .

فصل في مسائل من الدور الحكمي

عادة الأصحاب ذكر هذه المسائل هنا . والمسائل ^(١) التي يقع فيها الدور نوعان .

أحدهما : ينشأ الدور فيه من محض حكم الشرع ، كما ذكرنا فيما إذا اشتوت زوجها قبل الدخول بالصداق الذي ضمنه السيد ، فانه لو صح البيع ثبت الملك . وإذا ثبت الملك ، انفسخ النكاح ، وإذا انفسخ ، سقط المهر المجعول ثناً ، وإذا سقط ، فسد البيع ، فهذه الأحكام المرتبة ^(٢) ولدت الدور .

والثاني : ينشأ الدور فيه من لفظة يذكرها الشخص ، كما في مسألة دور الطلاق ، وعندها نذكر إن شاء الله تعالى أكثر مسائل الدور اللفظي . والذي نذكره هنا ، خمس مسائل من الدور الحكمي .

إحداها : أعتق أمته في مرض موته ونكحها على مهر سماه ، نظر ، إن لم يخرج من الثلث ، فحكمه ما ذكرناه في المسائل الدورية في « كتاب الوصايا » وإن خرجت ، نظر إن كانت قدر الثلث بلامزيد ، بأن كانت قيمتها مائة [و] ^(٣) له مائتان سواها ، فالنكاح صحيح . ثم إن لم يخرج دخول ، فلا مهر لها لأنه لو ثبت المهر لكان ديناً على الميت ، وحينئذ لا يخرج من الثلث ، ويرقه بعضها ، وحينئذ يبطل النكاح والمهر ، فإثباته يؤدي إلى إسقاط ، فيسقط . وإن جرى

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : اعلم أن المسائل .

(٢) في نسخة الظاهرية : المترتبة .

(٣) زيادة من نسخ الظاهرية .

دخول ، فقد ذكرنا حكمه في « كتاب الوصايا » وسواء دخل أم لا ، فلا ترث بالزوجة ، لأن عتقها وصية ، والوصية والإرث لا يجتمعان . فلو أثبتنا الإرث ، لزم إبطال الوصية وهي العتق ، وإذا بطل بطلت الزوجة وبطل الإرث . وإن كانت الأمة دون الثلث ، فقد تمكنها المطالبة بالمهر لحروجها من الثلث بعد الدين ، وهذا كله تقريع على أنه يجوز للمعتق في مرض الموت نكاحها ، وهو الصحيح . وحكى الحناطي والشيخ أبو علي وجهاً أنه لا يجوز وهو كما حكيناه من قبل عن ابن الحداد ، أن المعتقة في مرض الموت نكاحها لا يجوز لقربنها لاحتمال أن لا يخرج من الثلث عند الموت .

المسألة الثانية : زوج أمته عبد غيره ، وقبض الصداق وأتلفه بانفاق وغيره ، ثم أعتقها في مرض موته ، أو أوصى بعتقها ، فأعتقت وهي ثلث ماله ، وكان ذلك قبل الدخول ، فليس لها خيار العتق ، لأنها لو فسخت النكاح لوجب رد المهر من تركة السيد ، وحينئذ لا يخرج كلها من الثلث . وإذا بقي الرق في البعض ، لم يثبت الخيار ، فإثبات الخيار يؤدي إلى إسقاطه ، وكذا الحكم لو لم يتلف الصداق وكانت الأمة ثلث ماله مع الصداق . ولو خرجت من الثلث دون الصداق ، أو اتفق ذلك بعد الدخول ، فلها الخيار . ولو كانت المسألة مجالها ، إلا أن الإعتاق وجد من وارثه بعد موت السيد ، نظر ، إن كان الوارث معسراً ، فلا خيار لها ، لأنها لو فسخت لزم رد المهر من تركة الميت . وإذا كان على الميت دين ، لم تنفذ إعتاق الوارث المعسر على الصحيح . وإذا لم ينفذ الإعتاق ، لم يثبت الخيار . وإن كان الوارث موسراً ، فقد ذكرنا في « كتاب الرهن » خلافاً في أن الوارث الموسر إذا أعتق عبد التركة وعلى الميت دين ، هل ينفذ العتق في الحال ، أم يتوقف نفوذه على وصول دين الغرماء ؟ فان قلنا : ينفذ في الحال وهو الأصح ، عتقت

ولها الخيار . فان فسخت ، غرم الوارث لسيد العبد أقل الأمرين من الصداق وقيمة الأمة ، كما لو مات وعليه دين وله عبد فأعتقه وارثه الموسر ، يلزمه أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد . ولو كان على الميت دين ، فالقيمة التي يفرمها الوارث يتضارب فيها سيد العبد والغرماء .

[المسألة] الثالثة : مات عن أخ وعبدین ، والأخ هو الوارث في الظاهر ، فأعتق الأخ العبدین ، ثم ادعت امرأة ^(١) أنها زوجة الميت ، وادعى ابنها أنه ابن الميت ، فشهد المعتقان لهما ، ثبتت الزوجية والنسب ، ولا يرث الابن ، إذ لو ورث لحجب الأخ وبطل إعتاقه وبطلت شهادتهما ، وحينئذ تبطل الزوجية والنسب . وفيه وجه : أنه لا يثبت أيضاً ، والصحيح الأول . ولو شهدا بنسب بنت ، نظر ، إن كان الأخ معسراً يوم الإعتاق ، لم ترث البنت ، إذ لو ورثت لرق نصيها وبطلت الشهادة . وإن كان موسراً ، فإن عجلنا السراية بنفس الإعتاق ، ورثت لكمال العتق يوم الشهادة . وإن قلنا : لا تحصل السراية إلا بأداء القيمة ، لم ترث لأن توريثها يمنع كمال العتق يوم الشهادة . وحكم الزوجة في الإرث حكم البنت ، فينظر إلى إعسار الأخ ويساره كما ذكرنا .

[المسألة] الرابعة : أوصى لرجل بابنه ، ومات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول ، ووارثه أخوه ، وقبل الوصية ، وقد سبق بيان هذه المسألة في آخر الباب الأول من « كتاب الوصايا » .

[المسألة] الخامسة : اشترى في مرض الموت من يعتق عليه كلبه ، عتق من الثلث ولا يرث ، إذ لو ورث لكان العتق أو النسب إليه بالشراء وصية للوارث ، فيبطل . وإذا امتنع العتق ، امتنع الإرث . وحكى الأستاذ أبو منصور وجهاً

(١) في الأصل : المرأة .

أنه يرث ، ووجهاً أنه لا يصح الشراء ، والصحيح الأول . ولو ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض ، ككبة وارث ، فهل يرث ؟ وجهان بناءً على أنه يعتق من الثلث أو من رأس المال ، وقد ذكرنا ذلك في « كتاب الوصايا » وبالتورث قال ابن سريج ، واختاره الشيخ أبو حامد .

فرع

ذكر الاستاذ أبو إسحاق الاسفراييني رحمه الله في مختصر جمعه في المسائل الدورية ، أنه لو شهد اثنان بعق عبد ، وحكم الحاكم بشهادتهما ، ثم جاء العبد مع آخر فشهدا بجرح الشاهدين ، لم يقبل . وأنه لو أعتق عBDين في مرض موته هما ثلث ماله ، فشهدا على الميت بوصية أو بإعتاق وعليه دين أو زكاة ، لم يقبل ولو شهدا ^(١) أنه نكح امرأة على مهر ، كذا حكى عن بعض الأصحاب أنه لا تقبل شهادتهما ، قال : ويحتمل أن يقبل في النكاح ولا مهر ، وأنه لو أعتق عBDين له فشهدا أنه كان محجوراً عليه لسفه ، لم تقبل شهادتهما . وأنه لو ادعى أنه ^(٢) ابن فلان وقد مات ، ووارثه في الظاهر أخوه ، فأنكر ونكل ، فحلف المدعي ، ثبت النسب ولا يرث ، وهذا تقرير على أن اليمين المردودة مع النكول كالإقرار . أما إذا قلنا : إنها كالينة ، فيرث . وإنه لو ورث عBDين يعتقان عليه ثم مات وورثاه ، أقر بدين على الميت الأول يستغرق تركته ، لم يثبت الدين بإقرارهما .

وأنه لو أعتق أمة في مرض موته وهي ثلث ماله ، فادعت أنه وطئها بشبهة ، أو أنه استأجرها وعليه أجرتها ، لم تسمع دعواها .

(١) في الأصل : شهد ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : له ، وهو خطأ .

وأنه لو ورث من زوجته عبين وأعتقها ، ثم شهدا بالفرقة قبل الموت برودة أو طلاق ، لم تقبل شهادتهما .

وأنه لو كان في يد عبده مال ، فأخذه واشترى به عبين وأعتقها ، فشهدا عليه بأنه أعتقه قبل ذلك ، لم يقبل

وأنه لو مات ووارثه في الظاهر أخوه ، فأعتق عبداً من التركة ، وولي العتيق القضاء ، فجاء مجهول وادعى أنه ابن الميت ، وأقام شاهدين ، لم يقبل هذا الحاكم شهادتهما ، ولم يحكم بقولهما ، هكذا ذكره ، وكان يجوز أن يقال : يحكم بشهادتهما ويثبت النسب دون الإرث . كما لو أعتق الأخ في هذه الصورة عبين وشهدا ببينة المدعي ، وحينئذ فلا يؤثر ^(١) نسبه في العتق والقضاء .

وأنه لو ورث عبداً من مورثه المقتول وأعتقه وولي العتيق القضاء ، فجاء إليه الوارث وادعى على قاتله القصاص فقال [قتلته] ^(٢) وهو مرتد وأقام عليه شاهدين ، لم يحكم هذا الحاكم بشهادتهما . ومن هذا القليل ، لو أعتق عبين ، فجاء رجل وادعى أنه كان غصب العبين وشهدا له ، لم تقبل شهادتهما . وفي « التهذيب » : أنه لو ملك رجل أخاه ثم أقر في مرض موته أنه أعتقه في صحته ، كانت العتق نافذاً وهل يرثه ؟ إن صححنا الإقرار للوارث ، ورث ، وإلا ، فلا .

فرع

قال الغزالي في « مجموعه » « غاية الغور في دراية الدور » : المسائل الدائرة

(١) في الأصل : فحينئذ لا يؤثر .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

لابد فيها من قطع الدور . وفي قطعه ثلاثة مسالك : تارة يقطع من أوله ، وتارة من وسطه ، وتارة من آخره ، وذلك بحسب قوة بعض الأحكام وبعده عن الدفع ، وضعف بعضها وقربه للدفع .

مثال القطع من أوله : يبيع العبد لزوجته الحرة قبل الدخول ب صداقها الثابت في ذمة السيد ، فإنما حكمنا بفساد البيع ، وقطعنا الدور من أصله ، لم نقل : يصح البيع ، ولا يفسخ النكاح ، أو يفسخ ولا يسقط الصداق ، وسببه أن البيع اختياري ، وحصول الانفساخ بالملك قهري ، وكذا سقوط الصداق بالانفساخ ، وما يختاره الانسان من التصرفات ، يصح تارة ويفسد أخرى ، وما يثبت قهراً يبعد ^(١) دفعه بعد حصول ^(٢) سببه ، فكان البيع أولى بالدفع من غيره .

ومثال القطع من الوسط : المسألة الثانية من المسائل السابقة ، فإنما لم نقطع الدور من أوله بأن نقول : لا يحصل العتق ولا من آخره ، بأن نقول : لا يزيد المهر حتى لاتضيق التركة ، ولكن قطعناه من وسطه فقلنا : لا يثبت الخيار ، وسببه أن سقوط المهر عند الفسخ قهري يبعد دفعه ، والخيار أولى بالدفع من العتق ، لأن العتق أقوى . ألا ترى أنه لا يسقط بعد ثبوته ، والخيار يسقط بعد ثبوته بالاسقاط وبالتقصير .

ومثال القطع من الآخر : المسألة الأولى من الخمس ، فإنما لم نقطع الدور من الأول بأن نقول : لا يحصل العتق ، ولا من الوسط بأن نقول : لا يصح النكاح ، لكن قطعناه من الآخر فقلنا : ليس لها المهر . ويمكن أن يقال : سببه أن العتق له قوة السرعة والسراية ، فلا يدفع ، والنكاح أقوى من المهر المسمى فيه ، فإن ثبوت النكاح يستغني عن المهر بدليل المفوضة ، والمسمى مهراً لا يثبت من غير

(١) في مخطوطة الظاهرية : بعد .

(٢) في الأصل : دخول .

ثبوت النكاح . وعدّ من هذا القسم الثالث ، أما إذا قال لزوجته : إن انفسخ النكاح بيني وبينك فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم اشتراها ، أو جرى رضاع أو ردّة ، فلا يقطع الدور من أوله بأن نقول : [لا ينفخ النكاح ، لكن يقطع من آخره ، بأن نقول] ^(١) ينفخ ولا يقع الطلاق ، وربما نعود إلى هذه المسألة في مسائل الطلاق والدور فيها لفظي .

فصل

لا يجوز للعبد التسري ، لأنه لا يملك ، فإن ملكه سيده جارية وقلنا بالجديد : إنه لا يملك ، لم يحل له وطؤها ولو أذن السيد ، فلو استولدها ، كان الولد ملكاً للسيد . وإن قلنا بالقديم : إنه يملك ، فقد ذكرنا في « كتاب البيع » أن المذهب أنه يتسرى بإذن السيد ، ولا يتسرى بغير إذنه . لكن لو وطئ ، لم يحّد لشبهة الملك . ولو استولدها ، فالولد ملك له ، لكن لا يعتق عليه لضعف ملكه ، وتعلق حق السيد به . فإن عتق ، عتق الولد أيضاً ، وحكم المدبر والمعلق عتقه بصفة حكم القن في هذا . ومن بعضه حر إذا اشترى جارية بما كسبه بحريته ملكها ، لكن لا يطؤها بغير إذن السيد ، لأن بعضه مملوك والوطء يقع بجميع بدنه ، ولا يختص بالبعض الحر . ومال ابن الصباغ إلى أنه لا حاجة إلى إذن السيد ، كما أنه يأكل كسبه ويتصرف فيه . فإن أذن السيد وقلنا : لا بد من إذنه ، فعلى القديم : يجوز . وعلى الجديد : لا يجوز ، لأن ما فيه من الملك يمنع التسري ، والمكاتب لا يتسرى بغير إذن السيد ، ويأذنه قولان كتبتهم .

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

الباب الثاني عشر في اختلاف الزوجين في النكاح

وفيه مسائل .

[المسألة الأولى : إذا ادعى زوجية امرأة ، سمعت دعواه عليها وإن كان العاقد هو الولي لأن إقرارها مقبول ، وفيه خلاف سبق في « باب أحكام الأولياء » .

وأما المرأة ، فإن ادعت المهر في النكاح ، أو ادعت النكاح ، وطلبت حقاً من حقوقه ، سمعت دعواها . وإن ادعت مجرد الزوجية ، فوجهان ، إن سمعت ، أقامت البينة ، فإن أنكر ، فهل إنكاره طلاق ؟ فيه وجهان . إن قلنا : طلاق اندفع ما يدعيه ، ولامعنى لإقامة البينة ، وستأتي هذه المسألة مبسطة في « كتاب الدعاوى » ، إن شاء الله تعالى .

[المسألة الثانية : زوج إحدى بنتيه بعينها ، ثم تنازعا ، فلتنازعهما حالان . أحدهما : تقول كل واحدة : أنا المزوجة ، فمن صدقها الزوج ، ثبت نكاحها ، والأخرى تدعي أنها زوجته وهو منكر ، فالمذهب أنه يحلف لها . وقيل : في تحليفه قولان . وينبغي أن يفصل ، فإن ادعت زوجته وطلبت المهر ، فالوجه التحليف . وإن ادعت مجرد الزوجية ، ففيه الخلاف في المسألة الأولى . فإن قلنا : يحلف ، فحلف ، سقطت دعواها . وإن نكل ، فحلفت ، فهل اليمين المردودة مع النكول كاليمين ؟ أم كالإقرار ؟ قولان مشهوران . إن قلنا : كاليمين ، فوجهان . أحدهما : يثبت نكاح الثانية دون الأولى ، كما لو أقامت بينة . قال الإمام : وهذا القائل يقول : ينتفي نكاح الأولى ، ويحكم بانقطاع نكاح الثانية لإنكار الزوج . وأصحها : استمرار نكاح الأولى ، لأن اليمين المردودة إنما تجعل كاليمين في حق المدعي والمدعى عليه ، لاني

حق غيرهما . وقد ثبت نكاح الأولى بتقارهما . وإن قلنا : كالإقرار ، فوجهان . أحدهما : يبطل النكاحان والصحيح استمرار نكاح الأولى ، كما لو أقر للأولى ثم أقر للثانية . وعلى هذا ، فهل تستحق الثانية نصف المهر ، أم لا تستحق شيئاً ؟ قولان . أظهرهما : الأول .

الحال الثاني : تقول كل واحدة : ^(١) «لست» بالمزوجة ، بل صاحبتى ، فيقال للزوج : عين ، فإذا عين ، فقد أقر بأن الأخرى ليست زوجة له ، فلا خصومة له معها ، والقول قول الأخرى مع يمينها . فإن لم تحلف ، حلف الزوج وثبت النكاح . وقيل : القول قول الزوج بيمينه لأن إحداها زوجة ، وهو أعلم بمحل حقه . والصحيح الأول . واعلم أن المسألة من فروع ابن الحداد ، وأنه قيدها فقال : إذا مات الأب ، وكذا قيدها الغزالي . قال الشيخ أبو علي : هذا القيد لافائدة فيه في الحالة الأولى ، لأنه لو كان حياً وعين إحداها ، لم يقبل قوله على الزوج ، لكنه مفيد في الحالة الثانية ، لأنه إذا كان الأب حياً وهي مجبرة ، راجعناه . فإن أقر بالنكاح على إحداها ، قبل قوله ، ولا يضر الزوج إنكارها . قال الإمام : ويظهر في القياس أن لا يقبل إقرارها ومعها مجبر حذراً من اختلاف الإقرارين ، وإذا قلنا بإقرارها ^(٢) فاختلّف إقرارها وإقرار الولي ، فيجوز أن يقال : الحكم للسابق ، ويجوز أن يقال : يبطلان جميعاً ، وقد ذكرنا وجهين في هذه المسألة في آخر الباب الثالث عن القفال الشاشي والأودني ، أن المقبول إقراره أم إقرارها ؟ فحصل أربعة احتمالات . ولو زوج بنته من أحد ابني رجل ، وادعت هي على أحدهما أنه الزوج ،

(١) في الأصل ليست .

(٢) في الأصل : إقرارها .

فإن جردت دعوى النكاح ، فعلى ماسبق ، وإن ادعت المهر ، حلفته . فإن نكل ، حلفت وأخذت نصف المهر ، وإن ادعى كل واحد منها أنها امرأته ، فأقوت لأحدهما ، ثبت نكاحه ، وهل للآخر تخليفها ؟ قولان على ما ذكرنا فيمن زوجها وليان بشخصين .

المسألة الثالثة : شهدوا على رجل بنكاح امرأة بمهر معلوم وهو منكر ، فحكم بشهادتهم ثم رجعوا ، هل يغرمون له ؟ وجهان . أصحها : نعم ، وإنما يغرمون ما فوتوا على الزوج وهو نصف المسمى . وإن قلنا : لا يغرمون ، فذلك في قدر مهر المثل ، فإن زاد المسمى على مهر المثل ، فحكم الزيادة في الرجوع حكم شهود المال إذا رجعوا . ولو شهدوا على رجل بطلاق ، ثم رجعوا ، فهل يغرمون مهر المثل أم نصفه ، أم غير ذلك ؟ فيه خلاف موضعه « باب الرجوع عن الشهادة » . وإذا ادعت أنها في نكاح رجل بمهر معلوم ، وشهد لها شاهدان ، ثم ادعت الإصابة واستقرار المهر ، فشهد ^(١) على الإصابة أو على إقرار الزوج بها آخران ، ثم ادعت أنه طلقها وشهد بذلك آخران ، وحكم بمقتضى الشهادات وأخذ منه المهر ، ثم رجع الشهود جميعاً ، فتلاثة أوجه .

أحدها : لا غرم على أحد منهم ، لأن شهود النكاح والإصابة لم يوجد منهم إلا إثبات ملك واستمتاع بملك ، وشهود الطلاق لم يفوتوا عليه شيئاً في زعمه ، فإنه ينكر النكاح ، ولأنه إن كان نكاح فقد فوته بزعمه بإنكاره قبل شهادتهم .

والثاني : لا غرم على شهود النكاح والإصابة ، ويغرم شهود الطلاق لأنهم فوتوا ما ثبت بالاولين . فعلى هذا ، في قدر غرمهم الخلاف الذي أحلتناه على « باب الرجوع عن الشهادة » وبهذا الوجه قال ابن الحداد ، ووافقه طائفة .

(١) في الأصل : فشهدا .

والثالث وهو أصحها : لاشيء على شهود الطلاق ، لأنه ينكر أصل النكاح ، فكيف يطالبهم بضمان تقويته ؟ ! بل النكاح لا يثبت مع إنكاره ، فلا ينبغي أن تسمع بينة الطلاق .

وأما شهود النكاح والإصابة ، فإن أرخوا شهادتهم ، فشهد هؤلاء أنه نكحها في « المحرم » وأولئك أنه أصابها في « صفر » ، غرم الصنفان ما غرم الزوج بالسوية . وإن أطلق شهود الإصابة شهادتهم ، فنصف الغرم على شهود النكاح ، ولا شيء على شهود الإصابة ، لجواز وقوعها في غير النكاح وكونها زفا ، ولو شهدوا بالإصابة في النكاح ، فقد ألحق ذلك بما إذا أرخت الشهادتان .

وفي « النهاية » أنهم لو شهدوا بالنكاح ثم على الإصابة بعده ، اشترك الصنفان في غرم نصف المهر ، والنصف الآخر مختص بغرم شهود الإصابة ، والصورتان متقاربتان ، ولا يبعد التسوية بينهما في الحكم ، ولم يقل أحد بتخصيص الغرم بشهود الإصابة .

[المسألة] الرابعة : إذا زوجت برجل ، ثم ادعت أن بينها وبينه محرمية ، بأن قالت : هو أخي من الرضاع ، أو كنت زوجة أبيه ، أو ابنه ، أو وطني أحدهما بشبهة ، نظر ، أوقع التزويج برضاها أم لا ؟

الحالة الأولى : زوجت برضاها به بأن كانت ثيباً ، أو زوجها أخ أو عم ، أو زوجها المحبر برضاها ، فلا يقبل دعواها والنكاح ماض على الصحة ، لأن إذنها فيه يتضمن حلها له ، فلا يقبل نقيضه . لكن إن ذكرت عذراً كغلط أو نسيان ، سمعت دعواها على المذهب فتحلفه .

الحالة الثانية : زوجت بغير رضاها لكونها مجبرة ، فوجهان .

أصحها وبه قال ابن الحداد ونقله الإمام عن معظم الأصحاب : أنه يقبل قولها يمينها ، وبحكم باندفاع النكاح من أصله ، لأن قولها محتمل ولم تعترف بنقيضه ، فصار كقولها في الابتداء : هو أخي لا يجوز تزويجها به .

والثاني قاله الشيخ أبو زيد واختاره الغزالي ، وحكي عن اختيار ابن سريج : لا يقبل قولها استدامة للنكاح الجاري على الصحة ظاهراً ولثلاً تتخذ الفاسقات ذريعة إلى الفراق .

واحتج الشيخ أبو علي للأول وهو الأصح عنده أيضاً ، فإن الشافعي رحمه الله نص على أنه لو باع الحاكم عبداً أو عقاراً على مالكة الغائب بسبب اقتضاه ، ثم جاء المالك وقال : كنت أعتقت العبد أو وقفت العقار أو بعته ، صدق يمينه ، ونقض بيع القاضي ، ورد اليمين على المشتري ، بخلاف ما لو باعه بنفسه أو توكيله ، ثم ادعى ذلك ، فإنه لا يقبل لأنه سبق منه نقيضه ، ومقتضى حكايته أنه لاخلاف في صورة بيع الحاكم ، لكن الإمام حكى فيها قولين ، ولو زوج بنته أو أمته ثم ادعى الأب أو السيد محرمية بينها وبين الزوج ، لم يلتفت إلى قوله ، لأن النكاح حق الزوجين . قال الشيخ أبو علي : ولو قال بعد تزويجه أمته : كنت أعتقتها ، حكم بعقتها ، ولا يقبل قوله في النكاح ، وكذا لو أجر العبد ثم قال : كنت أعتقته ، ويغرم للعبد أجره مثله ، لأنه أقر بإتلاف منافعه ظلماً ، كمن باع عبداً ثم قال : كنت غصبته لا يقبل قوله في البيع ، ويغرم قيمته للمقر له . والخلاف في الحالة الثانية ، في أنها هل تصدق بيمينها ؟ وأما دعواها ، فسمع بلا خلاف . ولو قامت بينة ، حكم بها بلا خلاف . والكلام في الحالة الأولى ، في رد الدعوى من أصلها ، وأن الاذن والرضى بالتزويج إنما يؤثر إذا أذنت في تزويجها بشخص معين .

أما إذا أذنت في النكاح مطلقاً وقلنا : لاجابة إلى تعيين الزوج ، فزوجه الولي
برجل ، ثم ادعت محرمية ، فالحكم كما إذا زوجت مجبرة ، لأنه ليس فيه اعتراف بجهالة .
ولو زوج الأخ البكر وهي ساكتة ، اكتفي بصحتها على الأصح ثم ادعت
محرمية ، قال الإمام : الذي ارتضاه العراقيون ، أن دعواها مسموعة . قال : لكن
لاتصدق يمينها .

المسألة الخامسة : إذا زوج أمته ثم قال : كنت مجنوناً أو مجبوراً عليّ
وقت تزويجها ، وأنكر الزوج وقال : تزويجها تزوجاً صحيحاً ، فإن لم يعهد السيد
ما ادعاه ولا يئنه ، فالقول قول الزوج يمينه ، لأن الظاهر صحة النكاح . وكذا
لو قال : زوجتها وأنا محرم ، أو قال : لم تكن ملكي يومئذ ثم ملكتها ، وكذا
الحكم لو باع عبداً ثم قال بعد البيع : بعته وأنا مجبور عليّ ، أو لم يكن ملكي
ثم ملكته . وعن نصح في « الإملاء » أنه لو زوج أخته ومات الزوج ، فادعى
ورثته أن أخاها زوجها بغير إذنها وقالت : بل زوجني بإذني ، فالقول قولها .
ولك أن تقول : قد سبق ذكر وجهين فيما لو ادعى أحد المتعاقدين صحة البيع
والآخر فساده ، فليجىء ذلك الخلاف في هذه الصورة .

قلت : لم يذكره الأصحاب في هذه الصورة ، ولا يصح مجيئه لأن الظاهر
الغالب في الأنكحة الاحتياط لها ، وعقدها بشروطها وبحضرة الشهود وغيرهم ، بخلاف
البيع فإن وقوعه فاسد كثير . والله أعلم

ولو ادعت المنكوحة أنها زوجت بغير إذنها وهي معتبرة الاذن ، ففي فتاوى
البعوي أنه لا يقبل قولها بعدما دخلت عليه وأقامت معه ، كأنه جعل الدخول
بمنزلة الرضى .

أما إذا عهد للسيد الزوج جنون ، أو حجر ، أو قال : زوجتها وأنا صبي ، فأيهما يصدق يمينه ؟ قولان خرجها الشيخ أبو زيد . أظهرهما عند الشيخ أبي علي وغيره : أن المصدق الزوج ، لأن الغالب جريان العقد صحيحاً ، ولأنه صح ظاهراً والأصل دوامه .

ولو زوج أخته برضاها ، ثم ادعت أنها كانت صغيرة يومئذ ، ففي فتاوى القفال والقاضي حسين والبغوي ، أن القول قولها يمينها وإن أقرت يومئذ ببلوغها ، كما لو أقر بال ثم قال : كنت صغيراً يوم الإقرار ، وهذا يمكن أن يكون تقريباً على أحد القولين ^(١) ويمكن أن يفرق بأن الغالب من العقد الجاري بين مسلمين ، صحته وهذه لم تعقد .

ولو وكل الولي بتزويجها ، ثم أحرم ، وجرى العقد ، فادعى الولي جريانه في الإحرام ، وأنكر الزوج ، فنص الشافعي رحمه الله ، أن القول قول الزوج عملاً بظاهر الصحة . ولم يحك الشيخ أبو علي خلافاً في هذه الصورة . قال الإمام : وسببه أن الإحرام طراً والأصل استناد العقد إلى الحل ، لكن الشيخ ألحق بمسألة ^(٢) الإحرام المنقولة عن النص ، ما إذا وكل بقبول نكاح ثم أحرم الموكل وقبل الوكيل ، ثم اختلف ^(٣) الزوجان ، فقال الزوج : عقد قبل إحرامي [أو بعده] ^(٤) أو بعد

(١) وعلى هامش الأصل مانصه : قال في « المهات » : والفتوى على الثاني .

(٢) في الأصل : مسألة .

(٣) في الأصل : أختلف .

(٤) زيادة من إحدى نسخ الظاهرية .

تحليلي ، وقالت : بل في حال إحرامك ، فالقول قول الزوج ، فلم يفرق بين أن يدعي سبق الإحرام النكاح وعكسه . ومقتضى ماسبق في المسألة الرابعة ، أن الولي إذا زوج ثم ادعى المحرمية بين الزوجين ، لا يلتفت إلى دعواه أن لا يفرض النزاع في مسألة النص بين الولي والزوج ، بل يفرض بين الزوجين .

ولو زوج أمته ، ثم ادعى أن الزوج كان واجداً للطول ، وأنكر الزوج ، صدق الزوج . ولو زوج بنته ومات ، فادعت أن أباه كان مجنوناً يوم العقد ، نظر ، هل كان التزويج برضاها أم بغيره ؟ وحكمه ماسبق في المسألة الرابعة .

فرع

ادعى نكاح امرأة وأقام بينة به ، ثم ادعت أنها زوجة غيره وأقامت بينة به ، قال ابن الحداد : يعمل بينة الرجل ، لأن حقه في النكاح أقوى منها ، فإن المتصرف إن شاء أمسكها ، وإن شاء طلق ، فقدمت بينته كصاحب اليد مع غيره ، هذا قول ابن الحداد ، وبه قال الجمهور . وقال الشيخ أبو علي : يحتمل أن ينظر في جواب من ادعت أنها زوجته ، فإن أنكر فلانكاح له ، فيعمل بينة الرجل . وإن سكت ، فها بينتان تغارستا ، ولم يتعرضوا في تصوير المسألة لدعواها المهر ، أو حقاً من حقوق النكاح ، وقد سبق في سماع دعوى الزوجية المجردة خلاف . فإن سمعت وأنكر الزوج ، ففي إقامة البينة أيضاً خلاف . فإذا ادعت الزوجية^(١) المجردة ، فإنما تقيم [هي]^(٢) البينة تقريباً على سماع هذه الدعوى والبينة مع إنكاره .

(١) في الأصل : الزوجة .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

فرع

في فتاوى البغوي أنه إذا كان تحت مسلمة وذمية لم يدخل بها ، فقال للمسلمة : ارتددت ، وقال للذمية : أسلمت ، فأنكرتا ، ارتفع نكاحها لزعمه . وذكر الإمام الرافعي هنا مسائل منشورة من فتاوى القفال والقاضي حسين والبغوي ، تتعلق بآبواب النكاح قدّمها أنا فوضعتها في مواضعها اللائقة بها ، وبالله التوفيق .



كتاب الصّدّاق

هو اسم المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء ، وله أسماء : الصّدّاق ، والصدقة ، والمهر ، والأجر ، والعقر ، والعليقة . ويقال : أصدقها ، ومهرها . ويقال في لغة قليلة : أمهرها . قال الأصحاب : ليس المهر ركناً في النكاح ، بخلاف المبيع والتمن في البيع ، لأن المقصود الأعظم منه الاستمتاع وتوابعه ، وهو قائم بالزوجين ، فيها الركن ، فيجوز إخلاء النكاح عن تسمية المهر ، لكن المستحب تسميته ، لأنه أقطع ^(١) للنزاع ، ثم ليس للصدّاق حد مقدّر ^(٢) ، بل كل ما جاز أن يكون ثناً أو مشمناً أو أجرة ، جاز جعله صدّاقاً . فإن انتهى في القلة إلى حد لا يتمول ، فسدت التسمية . ويستحب أن لا ينقص عن عشرة دراهم ، للخروج من خلاف أبي حنيفة رضي الله عنه ، وأن لا يغالي في الصّدّاق ، والمستحب أن لا يزداد على صدّاق أزواج رسول الله ﷺ وهو خمسمائة درهم .

فصل

يشتمل كتاب الصّدّاق على ستة أبواب

[الباب [الأول : في أحكام الصّدّاق الصحيح وهي ثلاثة .

(١) في الأصل : لا أقطع ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : مقدور ، وهو خطأ .

[الحكم الأول : في أن الصداق في يد الزوج ، كيف يضمن ؟ فإذا أصدقها عينا ، فهي مضمونة عليه إلى (١) أن يسلمها . وفي كيفية ضمانه قولان .
أظهرهما وهو الجديد : ضمان العقد كالمبيع في يد البائع .

والقديم : ضمان اليد كالمستعار والمستام ، ويتفرع على القولين مسائل .

[المسألة الأولى : إذا باعت الصداق قبل قبضه ، إن قلنا : ضمان يد ، جاز وإلا ، فلا . ولو كان الصداق ديناً فاعتاضت عنه ، جاز إن قلنا : ضمان يد ، وإلا فقولان كالثمن . أظهرهما : الجواز ، كذا ذكره الامام وغيره . وفي « التتمة » :
لو أصدقها تعليم القرآن أو صنعة ، لم يميز الاعتياض على قول ضمان العقد كالمسلم فيه .

[المسألة الثانية : تلف الصداق المعين في يده ، فعلى ضمان العقد ينفسخ عقد الصداق ، ويقدر عود الملك إليه قبيل التلف ، حتى لو كان عبداً كان عليه مؤنة تجهيزه كالعبد المبيع يتلف قبل القبض ولها عليه مهر المثل . وإن قلنا : ضمان اليد ، تلف على ملكها حتى لو كان عبداً ، فعليها تجهيزه . ولا ينفسخ الصداق على هذا القول ، بل بدل ما وجب على الزوج تسليمه يقوم مقامه ، فيجب لها عليه مثل الصداق إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان متقوماً . ورجح الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجوب البدل ، والجمهور رجحوا القول الأول وهو وجوب مهر المثل .
فاذا أوجبنا القيمة ، فهل يجب أقصى القيمة من يوم الصداق إلى يوم التلف لأن التسليم كان مستحقاً في كل وقت ، أم يوم التلف فقط لأنه لم يكن متعدياً ؟ أم يوم الصداق ؟ أم الأقل من يوم الصداق إلى يوم التلف ؟ فيه أربعة أوجه . أصحها : الأول . ولو طالبته بالتسليم فامتنع ، تعين الوجه الأول على المذهب . وقيل : يجب أقصى القيم من وقت المطالبة إلى التلف ، لأنه يصير متعدياً . ولو طالبها

الزوج بالقبض فامتعت ، ففي بقاء الصداق مضموناً عليه وجهان ، نقلها أبو الفرج السرخسي ، الصحيح الضمان ، كما أن البائع لا يخرج عن عهده المبيع بهذا القدر . هذا كله إذا تلف الصداق بنفسه . أما لو أُتلف ، فينظر ، إن أُلغته الزوجة ، صارت قابضة ويرى الزوج ، وقد ذكرنا في البيع وجهاً أن المشتري إذا أُلغى المبيع في يد البائع ، لم يصر قابضاً بل يغرم القيمة للبائع ، ويسترد الثمن . فعلى قياسه ، تغرم له الصداق وتأخذ مهر المثل . وإن أُلغته أجنبي ، فإن قلنا : إلتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض كآفة سماوية ، فالحكم ماسبق ، وإن قلنا : يوجب الخيار للمشتري وهو المذهب ، فالمرأة الخيار ، إن شاءت فسخت الصداق ، وحينئذ تأخذ من الزوج مهر المثل إن قلنا بضمان العقد ، ومثل الصداق أو قيمته إن قلنا بضمان اليد ، ويأخذ الزوج الغرم من المتلف . وإن أجازت تأخذ من المتلف المثل أو القيمة ، ولها أن تطالب الزوج بالغرم ، فيرجع هو على المتلف إن قلنا بضمان اليد . وإن قلنا بضمان العقد ، فليس لها مطالبة الزوج ، هكذا رتب الإمام والبغوي وغيرهما ، فأثبتوا لها الخيار على قولي ضمان العقد واليد ، ثم فرعوا عليها . وكان يجوز أن يقال : إنما يثبت لها الخيار على قول ضمان العقد . فأما على ضمان اليد ، فلا خيار ، وليس لها إلا طلب المثل أو القيمة ، كما إذا أُلغى أجنبي المستعار في يد المستعير . وإن أُلغته الزوج ، فعلى الخلاف في أن إلتلاف البائع المبيع قبل القبض كآفة السماوية ، أو كإلتلاف الأجنبي ؟ والمذهب الاول . وقد بينا حكم الصداق على التقديرين .

[المسألة] الثالثة : حدث في الصداق نقص في يد الزوج ، فهو نقص جزء أو صفة ، فنقص الجزء مثل أن أصدقها عبيد ، قتلف أحدهما في يده ، فيفسخ عقد الصداق فيه ، ولا يفسخ في الباقي على المذهب ، لكن لها الخيار . فإن فسخت ، رجعت إلى مهر المثل على قول ضمان العقد ، وعلى

ضمان اليد تأخذ قيمة العبدین . وإن أجازت في الباقي ، رجعت للتالف إلى حصة قيمته من مهر المثل على قول ضمان العقد ، وإلى قيمة التالف على ضمان اليد . وإن تلف ^(١) أحد العبدین بإتلاف ، نظر ، إن أتلفته المرأة ، جعلت قابضة لنفسه من الصداق . وإن أتلفه أجنبي ، فلها ^(٢) الخيار . فإن فسخت أخذت الباقي ، وقسط قيمة التالف من مهر المثل إن قلنا بضمن العقد ، وقيمه إن قلنا بضمن اليد . وإن أجازت ، أخذت من الأجنبي الضمان . وإن أتلفه الزوج ، فهو كاللنف بأفة على المذهب . وأما نقص الصفة ، فهو العيب ، كعمى العبد أو نسيانه الحرفة ونحوهما ، وللرأة الخيار . وفي « الوسيط » أن أبا حفص بن الوكيل قال : لا خيار على قول ضمان العقد ، والمذهب الأول . فإن فسخت الصداق ، أخذت من الزوج مهر المثل على الاظهر ، وبذل الصداق في القول الآخر . وإن أجازت ، فعلى الاظهر : لاشيء لها كما لو رضي المشتري بعيب المبيع ، وعلى ضمان اليد لها عليه أرش النقص . وإن اطلعت على عيب قديم ، فلها الخيار ، [فان] ^(٣) فسخت رجعت إلى مهر المثل أو إلى قيمة العين سالمة . وإن أجازت وقلنا بضمن اليد ، فلها الارش على المذهب ، وفيه تردد للقاضي حسين ، لأنها رضية بالعين . وإن حصل التعيب ^(٤) بجناية ، نظر ، إن حصل بفعل الزوجة ، جعلت قابضة لقدر النقص ، وتأخذ الباقي ولا خيار . وإن هلك بعد التعيب في يد الزوج ، فلها من مهر المثل حصة قيمة الباقي على الاظهر ، وقيمة الباقي على القول الثاني . وإن

(١) في الأصل : أتلف .

(٢) في الأصل : فلها .

(٣) زيادة من غطوبة الظاهرية .

(٤) في الأصل : التعيين ، وهو خطأ .

حصل التعيب بفعل أجنبي ، فلها الخيار ، فان فسخت ، أخذت مهر المثل على الاظهر وقيمه سليماً في الثاني ، ويأخذ الزوج الغرم من الجاني . وإن أجازت ، غرمت للجاني . وليس لها مطالبة الزوج إن قلنا بضمان العقد . وإن قلنا بضمان اليد ، فلها مطالبته ، فينظر إن لم يكن للجناية ^(١) أرش مقدر ، أو كان أرش النقص أكثر ، رجعت على من شئت منها ، والقرار على الجاني . وإن كان المقدّر أقل ، طالبت بالمقدر من شئت منها ، والقرار على الجاني ، وأخذت قيمة الارش من الزوج . وإن حصل التعيب بجناية الزوج ، فعلى الخلاف في أن جناية البائع كافة أو كجناية أجنبي ؟ إن قلنا بالاول ، وقلنا بضمان اليد ، فعليه ضمان ما نقص . فان كان للجناية أرش مقدر ، كقطع اليد ، فعليه أكثر الامرين من نصف القيمة وأرش النقص .

فرعان

الأول : أصدقها داراً فانهدمت في يده ولم يتلف من النقص شيء ، فالحاصل نقصان صفة . وإن تلف بعضه أو كله باحتراق أو غيره ، فالحاصل هل هو نقصان نصفه كطرف العبد أم [نقصان] ^(٢) جزء كأحد العبدین ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . وقد سبقا في البيع .

الثاني : أصدقها نخلاً ثم جعل ثمره في قارورة ، وصب عليه صقراً من ذلك النخل وهو بعد في يده ، والصقر : هو السائل من الرطب من غير أن يعرض

(١) في الأصل : لجناية ، وهو خطأ .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

على النار . فإما أن تكون الثمرة صداقاً مع النخل ، بأن أصدقها نخلة مطلة .
وإما أن لا تكون .

الحالة الأولى : إذا كانت صداقاً ، ينظر إن لم يدخل الثمرة والصقر نقص
لابتقدير النزع من القارورة ، ولا بتقدير الترك فيها ، فتأخذها المرأة ولا خيار لها ،
بل الزوج كفأها مؤنة الجداد . وإن حدث فيها أو في أحدهما نقص ، فهو إما
نقص عين ، وإما نقص صفة . أما نقص العين ، فمثل أن صب عليها مكيلتين من
من الصقر فشرب الرطب مكيلة ، فلا يجبر نقص عين الصقر بزيادة قيمة الرطب ،
ثم إن جعلنا الصداق مضموناً ضمان عقد ، انفسخ الصداق في قدر ما ذهب
من الصقر إن قلنا : جناية كالآفة وهو المذهب ، ولا يفسخ في الباقي ، ولها الخيار .
إن فسخت ، رجعت إلى مهر المثل ، وإن أجازت في الباقي أخذت بقدر ما ذهب
من الصقر من مهر المثل . وإن قلنا : جناية كجناية الأجنبي ، لم يفسخ الصداق
في شيء ، ولها الخيار ، إن فسخت ، فلها مهر المثل ، وإن أجازت ، أخذت النخل
والرطب ، ومثل ما ذهب من الصقر . وإن قلنا بضمان اليد ، تخيرت أيضاً فإن
فسخت ، فلها قيمة النخل مثل الصقر وقيمة الرطب أو مثله على الخلاف المذكور
في « كتاب الغصب » أنه مثلي أو متقوم . وإن أرادت أخذ النخل ورد الثمرة ،
فعلى الخلاف في تفريق الصفقة . وإن أجازت ، فلها ما بقي ومثل الذاهب من
الصقر . وأما نقصان الصفة ، فإذا نقصت قيمة الصقر والمكيلتان مجالهما ، أو قيمة
الرطب ، فإن كان النقصان حاصلًا ، سواء ترك الرطب في القارورة أو نزع ،
فلها الخيار . فإن فسخت ، فعلى قول ضمان العقد لها مهر المثل ، وعلى ضمان
اليدها بدل النخل والرطب والصقر . وإن أجازت ، فإن قلنا بضمان العقد وجعلنا
جنايته كالآفة ، أخذتها بلا أرش . وإن جعلناها كجناية الأجنبي ، أو قلنا بضمان
اليده ، فعليه أرش النقصان وإن كان الرطب يتعيب لو نزع من القارورة . ولو

ترك لا يتعيب ، فلا يجبر الزوج على التبرع بالقارورة ، لكن إن تبرع بها أُجبرت المرأة على القبول إمضاء للعقد ، ويسقط خيارها . وقيل : لا تجبر على القبول ، والصحيح الأول . وهل يملك القارورة حتى لا يتمكن الزوج من الرجوع ؟ وإذا نزع ما فيها لم يجب ^(١) رد القارورة ، أم لا تملك وإنما الغرض قطع الخصومة فيتمكن من الرجوع وإذا رجع يعود خيارها فيجب رد القارورة إذا نزع ما فيها ؟ فيه وجهان كما ذكرنا في البيع في مسألة النعل والأحجار المدفونة . وإن كان الرطب لا يتعيب بالنزع ، ويتعيب بالترك ، فلها مطالبة بالنزع ، ولا خيار . ولو تبرع هو بالقارورة ، لم تجبر هي على القبول ، لأنه لا ضرورة إليه .

الحالة الثانية : أن لا تكون الثمار صداقاً بأن حدث بعد الإصداق في يد الزوج . فإن لم يحدث نقص أو زادت القيمة ، فالكل لها . وإن حدث نقص فيها أو في أحدهما ، فلا خيار لها ، لأن ^(٢) ما حدث فيه النقص ليس بصداق ، ولها الأرش . وحكى ابن كج وجهاً أن لها الخيار وهو غلط . وإن كانت النقص بحيث لا يقف ويزداد إلى الفساد ، فهل تأخذ الحاصل وأرش النقص ، أم تتخير بينه وبين أن تطالبه بغرم الجميع ؟ فيه خلاف سبق في « الغصب » ، فيما إذا بل الحنطة فعفت . وفي « العدة » أنها على القول الأول ، تأخذ أرش النقص في الحال ، وكلما ازداد النقص ، طالبت بالأرش . ولو كان الرطب يتعيب بالنزع من القارورة ، ولا يتعيب بالترك فتبرع الزوج بالقارورة لم تجبر على القبول ، لأنه لا حاجة إليه في إمضاء العقد هنا ، هذا كله إذا كان الصقر من ثمرة النخلة ، أما إذا كان الصقر للزوج والثمرة من الصداق ، فالنظر هناك إلى نقصان الرطب وحده ، إن نقص ، فلها

(١) في الأصل : لا يجب .

(٢) في الأصل : لأنها ، وهو خطأ .

الحيار . وإن لم ينقص بالنزع ، فلاخيار ، فتأخذ المرأة الرطب والزوج الصقر ، ولاشيء لما تشربه الرطب . وإن كان ينقص بالنزع ، فلها الحيار . فان تبرع الزوج بالصقر والقارورة ، سقط الحيار ولزم القبول على الصحيح ، ويجيء فيه ما سبق في التبرع بالقارورة .

فرع

إذا زاد الصداق في يد الزوج ، إن كان زيادة متصلة ، كالسمن والكبر ، وتعلم الصنعة ، فهي تابعة للأصل . وإن كانت منفصلة ، كالثمرة والولد وكسب الرقيق ، قال المتولي : إن قلنا بضمان اليد ، فهي للمرأة ، وإلا ، فوجهان كالوجهين في زوائد المبيع قبل القبض . والصحيح أنها للمشتري في البيع^(١) وللمرأة هنا . فان قلنا : للمرأة فهلكت في يده ، أو زالت المتصلة بعد حصولها ، ولا ضمان على الزوج إلا إذا قلنا بضمان اليد وقلنا : يضمن ضمان المغصوب ، وإلا إذا طالبته بالتسليم فامتنع . وفي « التهذيب » وغيره ما يشعر بتخصيص الوجهين ، في أن الزوائد لمن هي بما إذا هلك الأصل في يد الزوج وبقيت الزوائد أوردت الأصل بعيد ، أما إذا استمر العقد وقبضت الأصل ، فالزوائد لها قطعاً .

المسألة الرابعة : المنافع الفائتة في يد الزوج غير مضمونة عليه إن قلنا بضمان العقد ، وإن طالبته بالتسليم فامتنع . أما إذا قلنا بضمان اليد ، فعليه أجرة المثل من وقت الامتناع . وأما المنافع التي استوفاهها بركوب أو لبس ، أو

(١) في الأصل : لاشيء له ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : المبيع .

استخدام ونحوها ، فلا يضمنها على قول ضمان العقد ، إن قلنا : جنابة البائع كافة .
وإن قلنا : هي كجنابة أجنبي ، أو قلنا بضمان اليد ، ضمنها بأجرة المثل .

فرع

قال الاصحاب : القولان في ضمان العقد واليد ، مبنيان على أن الصداق نحلة وعطية ، أم عوض كالعوض في البيع ؟ وربما ردوا القولين إلى أن الغالب عليه شبه النحلة أم عوض ؟ ودليل النحلة قول الله تعالى : (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) [النساء : ٢] ، ولأن النكاح لا يفسد بفساده ، ولا يفسخ برده . ودليل العوض ، أن قوله : زوجتك بكذا ، كقوله : بعثك بكذا ، أو لأنها تتمكن من الرد بالعيب ، ولأنها تحبس نفسها لاستيفائه [و] ^(١) لانه تثبت الشفعة فيه ، وهذا أصح . وأجابوا عن الآية بجوابين . أحدهما : أنه يجوز أن يكون المراد بالنحلة : الدين ، يقال : فلان ينتحل كذا ، فالمعنى : آتوهن صدقاتهن تديناً . والثاني : يجوز أن يكون المعنى : عطية من عند الله تعالى لهن . ولأنها لا يفسد النكاح بفساده ، لانه ليس ركناً في النكاح ، مع أنه حكى قول قديم أنه يفسد النكاح بفساد الصداق .

فصل

إذا فسد الصداق بأن ^(٢) أصدقها حراً ، فقولان . أظهرهما : يجب مهر

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

(٢) في الأصل : أو بأن ، وهو خطأ .

المثل . والثاني : قيمته بتقدير الرق ، وينسب هذا إلى القديم . قال الشيخ أبو حامد والصيدلاني والقاضي حسين والبغوي وغيرهم : قولان فيما إذا قال : أصدقتك هذا العبد وهو عالم بحريته ، أو جاهل . أما لو قال : أصدقتك هذا الحر ، فالعبارة فاسدة ، فيجب مهر المثل قطعاً . وحكى المتولي طريقة أخرى ، أنه لافرق بين اللفظين في جريان القولين . ولو قال : أصدقتك هذا واقتصر عليه ، فلا خلل في العبارة ، ففيه القولان . ولو ذكر خمرأ أو خنزيراً أو ميتة ، فقل : يجب مهر المثل قطعاً . وقيل : على القولين . فعلى هذا يعود النظر في عبارته ، إن قال : أصدقتك هذا الخمر أو الخنزير ، فالعبارة فاسدة . وإن قال : هذا العصير أو النعجة ، فهو موضع القولين ، وعلى هذا على قول الرجوع ^(١) إلى بدل الصداق ، يقدر الخمر عصيراً ويجب مثله ، وقد حكينا في نكاح المشرك ، فيما إذا جرى قبضهم في خمر وجهاً أنها تقدر خلاً ، ولم يذكرها هناك تقدير العصير ، والوجه التسوية بينها . وحكينا وجهاً أنه تعتبر قيمة الخمر عند من يرى لها قيمة ، فلا يبعد مجيئه هنا ، بل ينبغي أن يرجع كما سبق في نكاح المشرك تقريق الصفقة ، والخنزير يقدر بقرة ، كذا قاله الامام والبغوي . وقد سبق مثله في « كتاب نكاح المشرك » ^(٢) وقال الغزالي : يقدر شاة ، والميتة تقدر مذكاة ، ثم الواجب فيها وفي الخنزير القيمة . هذا الاضطراب للأصحاب يزيد القول الاظهر القوة ، وهو وجوب مهر المثل .

(١) في الأصل : والرجوع ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : في كتاب المشرك .

الحكم الثاني : تسليم الصداق . فلو أخر تسليمه بعذر أو بغيره ، وطلب تسليم نفسها ، فلها الامتناع [حتى يسلم جميع الصداق إن كان عيناً أو ديناً حالاً ، وإن كان مؤجلاً ، فليس لها الامتناع ، فان حل الأجل قبل تسليمها فليس لها الامتناع]^(١) أيضاً على الأصح ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وأصحابه ، والبغوي ، والمتولي ، وأكثر الأصحاب . وقيل : لها ، وبه قال القاضي أبو الطيب ، واختاره الحناطي والرويانى ، لأنها تستحق الآن المطالبة . ولو كانت المرأة صغيرة أو مجنونة ، فلها حبسها حتى تقبض الصداق الحال . فلو رأى المصلحة في التسليم ، فله ذلك . ولو اختلف الزوجان ، فقال : لا أسلم الصداق حتى تسلمى نفسك ، وقالت : لا أسلمها حتى تسلمه ، فثلاثة أقوال . أظهرها : يجبران ، بأن يؤمر بوضع الصداق عند عدل ، وتؤمر بالتمكين . فإذا مكنت ، سلم العدل الصداق إليها . والثاني : لا يجبر واحد منها ، بل إن بادر أحدهما فسلم ، أجبر الآخر . والثالث : يجبر الزوج أولاً ، فإذا سلم ، سلمت . وذهبت طائفة كبيرة إلى إنكار هذا القول الثالث . ومن أثبتة قال : موضعه ما إذا كانت متيئة للاستمتاع . أما إذا كانت بمنوعة بحبس أو مرض ، فلا يلزم تسليم الصداق . وإن كانت صغيرة لا تصلح للجماع ، فهل يلزمه التسليم ؟ قولان . ولو سلمت مثل هذه الصغيرة إلى زوجها ، هل عليه تسليم المهر ؟ قولان كالنفقة . أظهرهما : المنع . وقيل بالمنع قطعاً ، لأن النفقة للحبس عليه وهو موجود ، والمهر للاستمتاع وهو متعذر . وقيل بالإيجاب قطعاً ، لأن المهر في مقابلة بضع وهو مملوك في الحال ، والنفقة للتمكين وهو مفقود . ويجري الخلاف في مطالبة الولي لو كان الزوج صغيراً ، وإن كان الزوج صغيراً وهي كبيرة ، فالأظهر أن لها طلب المهر كالنفقة . وإذا قلنا : يبدأ بالزوج أو

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

يجبران ، فقالت : سلم المهر لأسلم نفسي ، لزمه النفقة من حينئذ . وإن قلنا : لا يجبر واحد منها ، فلانفقة لها حتى تمكن .

فرع

إذا بادرت فكننت ، فلها طلب الصداق على الأقوال كلها ، ثم إن لم يجز وطء ، فلها العود إلى الامتناع ، ويكون الحكم كما قبل التمكين . وإن وطئ ، فليس لها بعده الامتناع على الصحيح ، كما لو تبرع البائع فسلم المبيع قبل قبض الثمن ، فليس له أخذه وجبسه . ولو وطئها مكرهة ، فلها الامتناع بعده على الأصح . ويجري الوجهان ، فيما لو سلم الولي صغيرة أو مجنونة قبل قبض صداقها إذا بلغت أو أفاقت بعد الدخول ، فلو بلغت أو أفاقت قبله ، فلها الامتناع قطعاً . ولو بادر الزوج فسلم الصداق ، لزمها التمكين إذا طلبها . وكذا لو كان الصداق مؤجلاً ، فإن امتنعت بلا عذر ، فله الاسترداد وإن قلنا : يجبر أولاً ، لأن الاجبار بشرط التمكين . وإن قلنا : لا يجبر ، فليس له الاسترداد على الأصح ، لأنه تبرع بالمبادرة كمعجل الدين المؤجل . وقيل : له ذلك لعدم حصول الغرض . وقال القاضي حسين : إن كانت معذورة حين سلم ، فزال العذر وامتنعت ، استرد ، لأنه سلم راجياً التمكين ، فيشبه هذا الخلاف وجهين ذكرنا فيما لو سلم مهر صغيرة لاتصلح للجماع عالماً بجاهلها أو جاهلاً وقلنا بالأظهر : إنه لا يجب تسليم مهرها ، هل له الاسترداد ؟

فرع

إذا استمهلت بعد تسليم الصداق ، أمهلت لنتهاً بالتنظيف والاستحداد ، وإزالة

الأوساخ على ما يراه القاضي من يوم ويومين ، وغاية المهلة ثلاثة . وظاهر كلام الغزالي في « الوسيط » ، إثبات خلاف في أن المهلة بقدر ماتتياً ، أم تقدر بثلاثة أيام ؟ والمذهب خلافه . ثم المفهوم من كلام الأكثرين ، أنه يجب الإمهال إذا استتملت في العدة ، أنه ليس بواجب . وعن نصه في « الاملاء » قول : إنه لا إمهال أصلاً . والمذهب الاول ، ولا تمهل لتهيئة الجهاز ، ولا لانتظار السمن ونحوهما ، ولا بسبب الحيض والنفاس ، بل تسلم لسائر الاستمتاع كالترتقاء والقراءة . وإن كانت صغيرة لا تحتمل الجماع ، أو كان بها مرض أو هزال تتضرر بالوطء معه ، أمهلت إلى زوال المانع . ويكره للولي تسليم هذه الصغيرة ، ولا يجوز للزوج وطؤها إلى أن تصير محتملة . ولو قال الزوج : سلموا إلى الصغيرة أو المريضة ولا أقربها إلى أن يزول ما بها ، قال البغوي : يجب في المريضة دون الصغيرة ، لأن الأقارب أحق بالحضانة وفي « الوسيط » أنه لا يجب في الصورتين ، لانه ربما وطئ فتضررت ، بخلاف الحائض ، فإنها لا تتضرر لو وطئ .

وله أن يمتنع من تسلم الصغيرة ، لانه نكح للاستمتاع لا للحضانة . وفي المريضة وجهان . قال في « الشامل » : الأقيس أنه ليس له الامتناع ، كما ليس له أن يخرجها من داره إذا مرضت .

وإذا تسلم المريضة ، فعليه النفقة لا كالصغيرة ، لان المرض عارض متوقع الزوال . ولو كانت المرأة نحيفة بالجلبة ، فليس لها الامتناع بهذا العذر ، لانه غير متوقع الزوال كالترتقاء . ثم إن خافت الافضاء لو وطئت لعبالة الزوج ، فليس عليها التمكين من الوطء . قال الائمة : وليس له الفسخ ، بخلاف الرق ، لانه يمنع الوطء مطلقاً ، والنحافة لا تمنع وطء نحيف مثلاً ، وليس ذلك بعيب أيضاً . ولو وطئ زوجته فأفضاها ، فليس له العود إلى وطئها حتى تبرأ البرء الذي لو عاد

لم يخدمها ، هذا نص الشافعي رضي الله عنه . فإن اختلفا في حصول البرء ، فأنكرته ، قال الشافعي رحمه الله : القول قولها . قال المتولي : المراد بالنص إذا ادعت بقاء ألم بعد الاندمال ، لانه لا يعرف إلا منها . أما إذا ادعت بقاء الجرح ، وأنكرت أصل الاندمال ، فتعرض على أربع نسوة ثقات ، ويعمل بقولهن . ومنهم من حمل النص على ما إذا لم يمس من الزمان ما يغلب فيه البرء ، فإن مضى راجعاً النسوة . ومنهم من أطلق القول بمراجعة ثقتين عند الاختلاف . وعلى هذا ، فالنص على ما إذا لم يكن نسوة ثقات .

فرع

مسائل عن مجرد الحناطي

اختلف الزوج وأبو الزوجة فقال أحدهما : هي صغيرة لا تحتل الجماع ، وقال الآخر . تحمله . فهل القول قول منكر الاحتمال ، أم تعرض على أربع نسوة ، أو رجلين من المحارم ؟ وجهان .

قلت : أصحابها : الثاني . والله أعلم

ولو قال الزوج : زوجتي حية فسلمها وقال : لا بل ماتت ، فالقول قول الزوج . ولو تزوج رجل ببغداد امرأة بالكوفة ، وجري العقد ببغداد ، فلا اعتبار بموضع العقد ، فتسلم نفسها ببغداد ، ولا نفقة لها قبل أن يحصل ببغداد . ولو خرج الزوج إلى الموصل وبعث إليها من يحملها من الكوفة إلى الموصل ، فنفقتها من بغداد إلى الموصل على الزوج .

الحكم الثالث : التقرير ، فالمهر الواجب بالنكاح أو بالفرض ، يستقر بطريقتين .
أحدهما : الوطء وإن كان حراماً لوقوعه في الحيض أو الاحرام ، لان وطء
الشبهة يوجب المهر ابتداءً ، فذا أولى بالتقرير ، ويستقر بوطأة واحدة .
الطريق الثاني : موت أحد الزوجين ، والموت وإن أطلقوا أنه مقرر ،
فيستثنى منه إذا قتل السيد أمته المزوجة ، فإنه يسقط مهرها على المذهب . ومنهم
من ألقى بهذه الصورة غيرها كما ذكرناه في أول الباب الحادي عشر .

فصل

الحلوة لاتقرر المهر ، ولا تؤثر فيه على الجديد وهو الاظهر . وعلى هذا ،
لو اتفقا على الحلوة وادعت الاصابة ، لم يرجح جانبها ، بل القول قوله بيمينه .
وفي القديم ، الحلوة مؤثرة ، وفي أثرها قولان . أحدهما : أثرها تصديق المرأة إذا
ادعت الاصابة ، ولا يتقرر المهر بمجردھا ، سواء طال زمنھا أم قصر . وأظهرهما :
أنھا كالوطء في تقرير المهر ووجوب العدة . وعلى هذا ، تثبت الرجعة على الاصح .
وهل يشترط على القديم في تقرير المهر بالحلوة أن لا يكون مانع شرعي كحيض
واحرام وصوم ؟ فيه وجهان . ويشترط أن لا يكون مانع حسي ، كرتق أو قرن
فيها ، أو جب أو غنة فيه قطعاً . وإذا قلنا : مجرد الحلوة لاتقرر ، ففي الوطء
فيها ^(١) دون الفرج وجهان ، كشبوت المصاهرة .

(١) في الأصل : وفيها ، وهو خطأ .

الباب الثاني في الصداق الفاسد

لفساده ستة أسباب .

[السبب الأول : أن لا يكون المذكور مالاً ، بأن سمياً خمراً ، وقد اندرج هذا في الحكم الاول من الباب الاول . ولو أصدقها شيئاً فخرج مغضوباً ، فهل يجب مهر المثل ، أم قيمة المغضوب ؟ قولان . أظهرهما الاول . ولو أصدقها عبدان ، فخرج أحدهما حراً أو مغضوباً ، بطل الصداق فيه . وفي آخر ، قولاً تقرق الصفقة . فإن أبطلنا فيه أيضاً ، فهل لها مهر المثل أم قيمتها ؟ فيه القولان وإن صححنا ، فلها الخيار . فإن فسخت ، فعلى القولين ، وإن أجازت ، فقولان . أحدهما : تأخذ الباقي ولا شيء لها غيره ، وأظهرهما : تأخذ معه حصة المغضوب من مهر المثل إذا وزعناه على القيمتين على الاظهر ، وعلى الثاني : تأخذ قيمته .

فرع

أصدقها عبداً أو ثوباً غير موصوف ، فالتسمية فاسدة ، ويجب مهر المثل قطعاً . وإن وصف العبد والثوب ، وجب المسمى ، وحيث جرت تسمية فاسدة ، وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ .

السبب الثاني : الشرط في النكاح ، إن لم يتعلق به غرض ، فهو لغو كما سبق في البيع ، وإن تعلق به لكن لا يخالف مقتضى النكاح بأن شرط أن ينفق عليها أو يقسم لها ، أو يتسرى ، أو يتزوج عليها إن شاء ، أو يسافر بها ، أو لا يخرج إلا بإذنه ، فهذا لا يؤثر في النكاح ولا في الصداق .

وإن شرط ما يخالف مقتضاه ، فهو ضربان .

أحدهما : ما لا يخل بالمقصود الاصيل من النكاح ، فيفسد الشرط ، سواء كان لها ، بأن شرط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى ، أو لا يطلقها ، أو لا يسافر بها ، أو أن^(١) تخرج متى شاءت ، أو يطلق ضربتها .

أو كان عليها ، بأن شرط أن لا يقسم لها ، أو يجمع بين ضرباتها وبينها في مسكن ، أو لا ينفق عليها . ثم فساد الشرط لا يفسد النكاح على المشهور . وفي وجه أو قول حكاة الخناطي : يبطل النكاح . وأما الصداق ، فيفسد ، ويجب مهر المثل سواء زاد على المسمى أم نقص أم ساواه ، هذا هو المذهب . وعن ابن خيران : إن زاد والشرط لها ، فالواجب المسمى ، وكذا إن نقص والشرط عليها ، ومنهم من جعل هذا قولاً مخرباً . وحكى الخناطي وجهاً : أن الواجب في الشروط الفاسدة أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل . ووجهاً : أن الشرط لا يؤثر في الصداق ، كما لا يؤثر في النكاح .

الضرب الثاني : ما يخل بمقصود النكاح كشرطه أن يطلقها ، أو لا يطأها ، وقد سبق الكلام في صورتين في فصل التحليل . فإن صححنا النكاح ، أثر الشرط في الصداق كسائر الشروط الفاسدة .

فرع

نكحها على ألف إن لم يخرجها من البلد ، وعلى ألفين إن أخرجها ، وجب مهر المثل ، وذكر الخناطي أنه لو نكحها على أن لا يرثها أو لا ترثه ، أو لا يتوارثا ،

(١) في الأصل : وأن .

أو على أن النفقة على غير الزوج ، بطل النكاح . وفي قول : يصح ويبطل الشرط ، وأنه لو زوج أمته عبد غيره بشرط أن لأولاد^(١) بين السيدين ، صح النكاح وبطل الشرط ، نص عليه في « الاملاء » . وفي قول : يبطل النكاح .

فصل

شرط الخيار في النكاح يبطل النكاح . ولو شرط الخيار في الصداق ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح ويجب المسمى ، أم يصح النكاح ويفسد المسمى ويجب مهر المثل ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الثالث . وإذا صححنا الصداق ، ثبت الخيار على الأصح كما حكى عن نسه ، أنه لو أصدقها عينا غائبة ، صح ولها خيار الرؤية . فعلى هذا ، إن أجازت فذاك ، وإن فسخت ، رجعت إلى مهر المثل . وإذا أثبتنا خيار الشرط ، ففي خيار المجلس وجهان نقلهما الشيخ أبو الفرج .

فصل

نقل المزني في « المختصر » ، أنه لو نكحها بألف على أن لابنها ألفاً ، فسد الصداق ، وأنه لو نكحها بألف على أن يعطي أباه ألفاً ، كان الصداق جائزاً . وللأصحاب طرق . المذهب منها فساد الصداق في صورتين ، ووجوب مهر المثل فيها . وعلى هذا ، منهم من غلط المزني في نقله في الصورة الثانية ، ومنهم من تأوله . والطريق الثاني : فساد الصداق في الأولى دون الثانية عملاً بالنصين .
والثالث : طرد قولين فيها . ونسب العراقيون الصحة إلى القديم . وقيل :

(١) في الأصل : بشرط أن الأولاد .

إن شرط الزوج ، فسد ، وإن شرطت ، فلا ، حكاها البغوي ، وإذا صححنا ،
فالمر في الصورتين ألفان .

السبب الثالث : تفريق الصفقة . فإذا أصدقها عبداً على أن ترد إليه مائة أو
ألفان ، وصورته أن يقول للولي : زوجني بنتك وملكني كذا من مالها بولاية
أو وكالة بهذا العبد ، فيجيبه [إليه] ^(١) أو يقول الولي : زوجتك بنتي وملكتك
كذا من مالها بهذا العبد ، فيقبل الزوج ، فهذا جمع بين عقدتين مختلفي الحكم في
صفقة ، فإن بعض العبد صداق وبعضه مبيع . وفي صحة البيع والصداق
قولان . أظهرهما : الصحة . ويصح النكاح قطعاً إلا على القول ^(٢) الشاذ السابق
أن النكاح يفسد بفساد الصداق . فإذا أبطلنا البيع والصداق ، فلها مهر المثل . وإذا
صححناها ، وزعنا العبد على مهر مثلها وعلى الثمن . فإذا كان مهر مثلها ألفاً
والثمن ألفاً ، والعبد يساوي ألفين ، فنصفه مبيع ونصفه صداق . فإن طلقها
قبل الدخول ، رجع إليه نصف الصداق وهو ربع العبد . وإن فسخ النكاح
بعيب ونحوه ، رجع إليه جميع الصداق وهو نصف العبد . ولو تلف العبد قبل
القبض ، استردت الألف ، ولها بدل الصداق وهو مهر المثل على الاظهر ، ونصف
قيمة العبد على الثاني .

ولو وجد الزوج بالثمن الذي أخذه عيماً ورده ، استرد المبيع وهو نصف العبد ،
ويبقى لها النصف الآخر . ولو وجدت العبد مبيعاً فردته ، استردت الثمن ، وترجع
في الصداق إلى مهر المثل على الاظهر ، ونصف القيمة على الثاني . ولو أرادت أن

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في الأصل : قول .

ترد أحد النصفين وحده ، جاز على الاصح لتعدد العقد . والثاني : المنع لتضرر التبعض . ولو قال : زوجتك بنتي أو جاريتي ، وبعثك عبداً أو عبدي بكذا ، ففي صحة البيع والصداق قولان ذكرناهما في تفريق الصفقة . فإن صححناهما ، وزع العوض المذكور على مهر المثل وقيمة العبد ، فما خص مهر المثل فهو صدق . وإذا وجد الزوج بالعبد عيباً ، استرد الثمن وليس للمرأة رد الباقي والرجوع إلى مهر المثل ، لان المسمى صحيح . وإن رد العبد بعيب ، أو فسخ^(١) النكاح قبل الدخول بعيب ، رجع إليه جميع العوض المذكور .

وإن خرج العوض المعين مستحقاً ، رد العبد ورجعت للصداق إلى مهر المثل على الاظهر . وعلى الثاني : إلى حصة الصداق منه .

فرع

لبنته مائة درهم ، فقال لرجل^(٢) : زوجتك بنتي وملكتك هذه الدراهم بهاتين المائتين لك ، فاليك والصداق باطلان ، نص عليه في « الام » لانه ربا ، فانه مسألة مد عجوة . فلو كان من أحد الطرفين دنانير ، كان جمعاً بين صداق وصرف ، وفيه القولان .

فصل

جمع نسوة في عقد بصدق واحد ، وهذا يتصور عند اتحاد الولي ، بأن يكون

(١) في الأصل : وفسخ .

(٢) في الأصل : فقال الرجل .

له بنات بنين ، أو إخوة ، أو أعمام ، أو معتقات . ويتصور مع تعدد الولي ، بأن وكل أولياء نسوة رجلاً ، فالنكاح صحيح . وفي الصداق طريقان . أحدهما : القطع بفساده . وأصحها : على قولين . أظهرهما : فساد . ويجري الطريقان فيما لو خالغ نسوة على عوض واحد ، هل يفسد العوض ؟ وأما البينة ، فتحصل قطعاً .

ونص الشافعي رضي الله عنه ، أنه لو اشترى عبيداً لملك صفقة من المالكين ، أو وكيلهم ، بطل البيع . ولو كانت عبيداً بعوض واحد ، صحت الكتابة . واختلفوا في البيع والكتابة ، الذين قالوا في النكاح والخلع قولان ، على أربع طرق . أحدها : طرد القولين فيها . والثاني : يفسد البيع . وفي الكتابة قولان . والثالث : تصح الكتابة . وفي البيع قولان . والرابع : تصح الكتابة ويفسد البيع وإن أفردت .

قلت : في البيع طريقان . أصحها : طرد القولين ، والثاني : القطع بالفساد ، وبه قال الاصطخري . وفي الكتابة ، طريقان . أصحها : قولان . والثاني : القطع بالصحة . وإذا قلنا بصحة الصداق المسمى ، وزع المسمى على نسبة مهر أمثالهن على المذهب . وفي وجه أو قول ضعيف : يوزع المسمى على عدد رؤوسهن . وإذا قلنا بفساد الصداق ، فقيم يجب لهن قولان كما لو أصدقها خمرًا . أظهرهما : يجب لكل واحدة منهن مهر مثلها . والثاني : يوزع المسمى على مهر أمثالهن ، ولكل واحدة ما يقتضيه التوزيع ، ويكون الحاصل لهن على هذا القول كلسمى إذا قلنا بصحته . ولو زوج أمته بعد على صداق واحد ، صح الصداق ، لأن المستحق واحد كيبيع عبيدين بثمن . ولو كان له أربع بنات ، ولآخر أربع بنين ، فزوجهن بهم صفقة بمهر واحد بأن قال : زوجت بنتي فلانة ابنك فلانا ،

وفلانة فلاناً بألف ، ففيه طريقان حكاهما المتولي . أحدهما : في صحة الصداق القولان . والثاني : القطع بطلانه لتعدد المعقود له من الجانبين .

السبب الرابع : أن يتضمن إثبات الصداق رفعه .

نقدم عليه أن الأب إذا زوج ابنه الصغير أو المجنون ، فإما أن يصدق من مال الابن ، وإما من مال نفسه . فان أصدق من مال الابن ، فالكلام في أنه [هل] ^(١) يصير ضامناً للصداق إذا كان ديناً ؟ وهل يرجع إذا غرم على ماسبق في الطرف السادس من باب بيان الأولياء ؟ فان تطوع وأداه من مال نفسه ثم بلغ الابن وطلقها قبل الدخول ، فهل يرجع النصف إلى الأب أم إلى الابن ؟ فيه طريقان . أحدهما وبه قال الداركي : إنه على الوجهين فيما لو تبرع أجنبي على الزوج بأداء الصداق ثم طلق قبل الدخول ، هل يعود النصف إلى الزوج لأن الطلاق منه ، أم إلى الأجنبي المتبرع ؟ والطريق الثاني وهو المذهب وبه قطع الجمهور : أنه يعود إلى الابن ، وفرقوا بينه وبين الأجنبي ، بأن الأب يتمكن من تملك الابن فيكون موجباً قابلاً قابضاً مقبضاً ، فإذا حصل الملك ، ثم صار للمرأة عاد إليه بالطلاق ، والأجنبي بخلافه . فان كان الابن بالغاً ، وأدى الأب عنه ، فكالأجنبي .

والاصح في صورة الأجنبي ، عود النصف إلى الأجنبي ، قاله الإمام . فإذا قلنا : يعود إلى الابن الذي طلق ، فان كان ما أخذه بالطلاق بدل ما أخذته ، فلا رجوع للأب ، وإن كان عين المأخوذ ، فقليل : لا رجوع قطعاً . وقيل : على الوجهين فيمن وهب لابنه عيناً فزال ملكه عنها ثم عاد ، والمذهب المنع . فان كان الابن بالغاً ، فقليل : كالصغير . وقيل بالمنع قطعاً ، لأنه [ليس] ^(٢) للأب تملكه ،

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

فالأداء عنه محض إسقاط . أما إذا أصدقها الاب من مال نفسه ، فيجوز ويكون تبرعاً منه على الابن . قال البغوي : سواء كان عيناً أو ديناً . ثم لو بلغ الصبي وطلقها قبل الدخول ، عاد الخلاف فيمن يرجع إليه النصف . فان قلنا بالمذهب وهو العود إلى الابن ، فان كان أصدقها عيناً وبقيت بحالها فوجع النصف إليه ، فهل للأب الرجوع ؟ فيه الخلاف المذكور . فيها إذا زال ملك الابن عن الموهوب ثم عاد . وإن أصدقها ديناً ، قال البغوي : فلا رجوع فيها حصل ، كما لو اشترى لابنه الصغير شيئاً في الذمة ثم آذاه من ماله ثم وجد الابن بالمبيع عيناً فرده ، يسترد الثمن ولا يرجع الاب فيه ، بخلاف ما لو خرج المبيع مستحقاً يعود الثمن إلى الاب ، لانه بان أنه لم يصح الاداء . ولو ارتدت المرأة قبل الدخول ، فالقول فيمن يعود إليه كل الصداق وفي رجوع الاب فيه إذا عاد إلى الابن ، كالقول في النصف عند الطلاق .

إذا عرفت هذه المقدمة ، فمن مفسدات الصداق أن يلزم من إثباته رفعه ، وذلك إما أن يكون بتوسط تأثيره في رفع النكاح ، وإما بغير هذا التوسط . مثال القسم الاول ، أذن لعبده أن ينكح حرة ويجعل رقبته صداقاً لها ففعل ، لا يصح الصداق ، لانه لو صح للملكت زوجها وانفسخ النكاح ، وارتفع الصداق ، ولا يصح أيضاً النكاح لانه قاونه ما يضاذه ، وفي صحته احتمال لبعض الائمة .

قلت : هذا الاحتمال ، ذكره الإمام والغزالي قالا : ولكن لاصائر إليه من الاصحاب ، وقد جزم به صاحب « الشامل » ، ذكره في آخر « باب الشغار » ، ولكن الذي عليه الجمهور ، الجزم ببطلان النكاح . والله أعلم

ولو أذن له في نكاح أمة ، ويجعل رقبته صداقها ، ففعل ، صح النكاح والصداق ، لان المهر للسيد لا لها . فلو طلقها قبل الدخول ، بني على ما إذا باع السيد عبده

بعد ما نكح باذنه ثم طلق العبد المنكوحه بعد أداء المهر وقبل الدخول ، إلى من يعود النصف ؟ وفيه أوجه . أصحها : إلى المشتري ، سواء أداه البائع من مال نفسه أو من كسب العبد ، قبل البيع أو بعده ، لأن الملك في النصف إنما حصل بالطلاق ، والطلاق في ملك المشتري ، فأشبه سائر^(١) الاكساب . والثاني : يعود إلى البائع بكل حال . والثالث : إن أداه البائع من عنده أو أدى من كسب العبد قبل البيع ، عاد إلى البائع ، وإن أدى من كسبه بعد البيع ، عاد إلى المشتري ، ولو فسخ أحدهما النكاح بغيب ، أو ارتدت ، أو عتقت وفسخت ، جرت الأوجه في أن كل الصداق إلى من يعود ؟ ولو أعتق العبد ثم طلق قبل الدخول ، أو حدث شيء من الأسباب المذكورة ، فحيث نقول بالعود إلى البائع ، يعود هنا إلى المعتق ، وحيث جعلناه للمشتري ، يكون هنا للمعتق . فان قلنا بالأصح وهو العود إلى المشتري ، ففي المسألة التي كنا فيها تبقى رقبة العبد كلها للمالك الأمة . وإن قلنا بالعود إلى البائع ، فكذا هنا يعود النصف إلى السيد المصدق في صورة الطلاق ولو ارتدت أو فسخت بغيب ، عاد الكل إليه . ولو أعتق مالك الأمة العبد ثم طلقها قبل الدخول ، أو فسخت أو ارتدت ، فعلى المعتق نصف قيمة العبد في صورة الطلاق ، وجميعها في الفسخ [و]^(٢) الردة ، ويكون ذلك للزوج العتيق على الأصح ، ولسيده الاول على الوجه الآخر . ولو قبل نكاح أمة لعبد الرضيع على قولنا : يجوز إجبار العبد الصغير على النكاح وجعله صداقها ، فأرضعت الأمة زوجها وانفسخ النكاح ، فالعبد يبقى للمالك الأمة على الأصح . وعلى الوجه الآخر : يعود إلى سيده الاول . ولو ارتضع الصغير بنفسه ، فهو كالطلاق قبل

(١) في الأصل : كسائر .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

الدخول . ولو باع مالك الأمة العبد ثم طلق العبد قبل الدخول ، أو حصلت ردة ، أو فسخت ، فعلى الوجه المقابل للأصح : يجب عليه لسيد العبد الاول نصف قيمة العبد في صورة الطلاق ، وجميع قيمته في سائر الصور . وأما على الوجه الاصح ، فقد أطلق في « التهذيب » أنه لاشيء عليه . وقال الشيخ أبو علي : يرجع مشتري العبد عليه بنصف القيمة أو بجمعها ، لأن الصداق على هذا الوجه يكون أبداً لمن له العبد يوم الطلاق أو الفسخ ، وهذا هو الصواب ، وليتأول ما في « التهذيب » على أنه لاشيء عليه للسيد الاول . ولو باع الأمة ثم طلق ، أو فسخت ، فعلى الأصح يبقى العبد له ولا شيء عليه ، وعلى الآخر يعود نصفه أو كله إلى السيد الاول .

مثال القسم الثاني : كانت أم ابنه الصغير في ملكه ، بأن استولد أمة غيره بنكاح ، ثم ملكها هي وولدها ، فيعتق عليه الولد دونها . فلو قبل لابنه نكاح امرأة وأصدقها أمة ، لم يصح الصداق ، لأن ما يجعله صداقاً يدخل في ملك الابن أولاً ، ثم ينتقل إلى المرأة ، ولو دخلت في ملكه ، لعقت عليه وامتنع انتقالها إلى الزوجة ، فيصح النكاح ويفسد الصداق ، ويجيء الخلاف في أن الواجب مهر المثل أم قيمتها ؟ هذا ما ذكره الأصحاب . وقد ذكرنا خلافاً فيما إذا أصدق الأب من ماله عن الصغير ، ثم بلغ وطلق قبل الدخول ، لأن النصف يرجع إلى الأب أو إلى الابن . فمن قال : إلى الأب ، فقد ينازع في قولهم : لا يدخل في ملكها حتى يدخل في ملك الابن .

السبب الخامس : تقريط الولي في قدر المهر . فإذا قبل لابنه الصغير أو

المجنون نكاحاً^(١) بهر المثل أو دونه ، أو بعين من أمواله بقدر مهر المثل أو دونه ، صح . وإن قبله بأكثر من مهر المثل ، فالصداق فاسد . وكذا لو زوج بنته المجنونة أو البكر ، أو الصغيرة^(٢) أو الكبيرة بغير إذنها بأقل من مهر المثل ، فسد الصداق . وفي النكاح في المسألتين قولان . أظهرهما : صحته كسائر الأسباب المفسدة ، ويجب مهر المثل . وفيما إذا أصدقها عيناً وجه أنه تصح التسمية في قدر مهر المثل . والقول الثاني : لا يصح النكاح ، لأنه ترك مصلحة المولى عليه ، فصار كترك الكفاءة . ولو أصدق عن ابنه أكثر من مهر المثل من مال نفسه ، ففيه احتمالات للإمام . أحدهما : يفسد المسمى ، لأنه يتضمن دخوله في ملك الابن ، ثم يكون متبرعاً بالزيادة . والثاني : يصح وتستحق المرأة المسمى ، لأنه لا ضرر على الابن ، بل إذا لم نصحه أضرونا به ، فإنه يلزم مهر المثل في ماله ، وبهذا الثاني قطع الغزالي والبغوي ، ورجح المتولي والسرخسي في « الأمالي » الاحتمال الأول ، ويتأيد بأنه لو لزم الصبي كفارة قتل فأعتق الولي عنه عبداً لنفسه ، لم يجز لأنه يتضمن دخوله في ملكه وإعتاقه عنه ، وإعتاق عبد الطفل لا يجوز .

فصل

إذا اتفقوا على مهر في السر وأعلنوا بأكثر من ذلك ، فعن الشافعي رضي الله عنه أنه قال في موضع : المهر مهر السر ، وفي موضع : العلانية . والأصحاب طريقتان . أحدهما : إثبات قولين . وفي موضعها وجهان . أحدهما : موضعها إذا اتفقوا على ألف ، واصطلحوا على أن يعبروا عن الألف في العلانية بألفين . أظهر القولين وجوب ألفين بجريان

(١) في الأصل : نكاحها .

(٢) في الأصل : والصغيرة

اللفظ الصريح بها . والثاني : الواجب ألف عملاً باصطلاحها . والوجه الثاني : إثبات قولين مها اتفقوا على ألف وجرى العقد بألفين وإن لم يتعرضوا للتعبير عن ألف بألفين اكتفاء بقصدهم . قال الإمام : وعلى هذه القاعدة تجري الأحكام المتلقاة من الألفاظ . فلو قال الزوج لزوجته : إذا قلتُ : أنت طالق ثلاثاً ، لم أرد به الطلاق ، وإنما غرضي أن تقومى وتتعتدي ، وأريد بالثلاث واحدة ، فالمذهب أنه لا عبرة بذلك . وفي وجه : الاعتبار بما تواضعا عليه .

ثم ما المعنى بما أطلقناه في الوجهين من الاتفاق في السر ، أهو مجرد التراضي والتواعد؟ أم المراد ما إذا جرى العقد بألف في السر ثم عقدوا بألفين في العلانية؟ منهم من يشعر كلامه بالأول ، ومقتضى كلام البغوي وغيره إثبات القولين وإن جرى العقدان . قال البغوي : وخرج بعضهم من ^(١) هذا ، أن المصطلح عليه قبل العقد كالمشروط في العقد ، وقد سبق بيان هذا التخريج . والطريق الثاني وهو المذهب : تنزيل النصين على حالين ، فحيث قال : المهر مهر السر ، أراد إذا عقد في السر بألف ، ثم أتوا بلفظ العقد في العلانية بألفين تحملاً وهم متفقون على بقاء العقد الأول . وحيث قال : المهر مهر العلانية ، أراد إذا تواعدوا أن يكون المهر ألفاً ، ولم يعقد في السر ثم عقدوا في العلانية ، فالمهر مهر العلانية لأنه العقد .

ونقل ^(٢) الحناطي وغيره في المسألة نصاً ثالثاً ، وهو أنه يجب مهر المثل ويفسد المسمى ، وحلوه على ما إذا جرى العقد بألفين على أن يكتفى بألف ، أو على أن لا يلزمه إلا أداء ألف . والمعتبر في المسألة توافق الولي والزوج ، وقد يحتاج إلى مساعدة المرأة .

(١) في الأصل : عن .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : وحكى .

السبب السادس : مخالفة الأمر لا يشترط في إذن المرأة حيث يعتبر إذنها تقدير المهر ، ولا ذكره . لكن لو قدرت فقالت : زوجني بألف مثلاً ، فزوجها الولي أو وكيله بخمسمائة ، لم يصح النكاح ، وألحق البغوي بهذه الصورة ما إذا زوجها الولي بلا مهر أو مطلقاً . وقيل : في صحة النكاح في صورة الولي قولان . ولو قالت لو وكيل الولي : زوجني ولم تتعرض للمهر ، فزوجها بدون مهر المثل ، فسد النكاح على المذهب . وقيل : قولان . أحدهما : يفسد . والثاني : يصح بمهر المثل . وذكر البغوي هذين الطريقين فيما لو وكل الولي بالتزويج مطلقاً ، فزوج الوكيل ونقص عن مهر المثل . وإذا قلنا : لا يصح نكاح الوكيل إذا نقص عن مهر المثل فلو أطلق التزويج ولم يتعرض للمهر ، ففيه احتمالان للإمام . أحدهما : لا يصح النكاح أيضاً ، لأن الإطلاق يقتضي ذكر المهر عرفاً . وأصحها : يصح مهر المثل لأن فعله مطابق للإذن . ولو أذنت للولي في التزويج مطلقاً ، فزوج بدون مهر المثل أو بلامهر ، فهل يبطل النكاح أم يصح بمهر المثل ؟ فيه القولان السابقان في السبب الخامس . أظهرهما : الصحة . وقيل : يفسد قطعاً كالوكيل . ولو قالت للولي أو للوكيل : زوجني بما شاء الخاطب ، فقال المأذون له للخطب : زوجتكها بما شئت ، فإن لم يعرف ما شاء الخاطب ، فقد زوجها بجهول ، فيصح النكاح بمهر المثل . وإن عرف ، فوجهان . أصحها : صحة المسمى لعلمها به . والثاني : يصح النكاح بمهر المثل ، وبه قال القاضي حسين لابهام اللفظ .

قلت : هذا المذكور في هذا السبب ، هو طريقة الخراسانيين . وأما العراقيون فقطعوا بصحة النكاح في كل هذه المسائل . قال صاحب « البيان » : إذا أذنت

في التزويج ، فزوجها وليها بلا مهر ، أو بدون مهر المثل ، أو بدون ما أذنت فيه ، أو بغير جنسه ، أو زوج الأب البكر الصغيرة أو الكبيرة بلا مهر أو بأقل من مهر مثلها ، أو وكل بعلاً فزوجها بلا مهر ، أو بأقل من مهر مثلها ، فقال أصحابنا البغداديون : يصح النكاح في كل الصور بمهر المثل ، وحكى الحواسانيون قولين في صحة النكاح في جميع ذلك . والله أعلم

فرع

قال الولي للوكيل : زوجها من شاءت ^(١) بكم شاءت ، فزوجها برضاها بغير كفء بدون مهر المثل ، صح . ولو قال : زوجها بألف فزوجها بمخمسة برضاها ، قال المتولي : الصحيح صحة النكاح ، لأن المهر حقها . وقيل : لا يصح لانه باشر غير ما وكل فيه .

فرع

جاء رجل وقال : أنا وكيل فلان في قبول نكاح فلانة بكذا ، فصدقه الولي والمرأة ، وجرى النكاح ، وضمن الوكيل الصداق ، ثم إن فلاناً أنكره وصدقناه باليمين ، فهل يطالب الوكيل بشيء من الصداق ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن مطالبة الأصل سقطت والضامن فرعه . وأصحها وهو محكي عن نصح في « الإملاء » :

(١) في الأصل : شاء .

أنه يطالب بنصف الصداق ، لان المال ثابت عليها بزعمه ، فصار كما لو قال : لزيد على عمرو ألف وأنا ضامنه ، فأنكر عمرو ، يجوز لزيد مطالبة الضامن .

فرع

في « فتاوى البغوي » ، أنه إذا قال الولي للوكيل : لاتزوجها إلا بشرط أن ترهن بالصداق فلاناً ، أو يتكفله فلان ، صح وعلى الوكيل الاشتراط . فإن أهمله ، لم يصح النكاح . ولو قال : زوجها بكذا وخذ به كفيلاً ، فزوجها بلا شرط ، صح النكاح لانه أمره بأمرين امتثل أحدهما . وإن قال : لاتزوجها إذا لم يتكفل فلان ، ينبغي أن لا يصح التوكيل ، لان الكفالة تتأخر عن النكاح ، وقد منع العقد إلا بها ، وأنه إذا قال للوكيل : زوجها بألف وجارية ولم يصف الجارية ، فزوجها الوكيل بألف ، لم يصح . ولو قال : زوجها بنحمر^(١) أو خنزير أو مجهول ، فزوجها بألف درهم ، فإن كان ذلك نقد البلد وقدر مهر المثل ، أو أكثر ، صح النكاح والمسمى ، وإلا ، فلا .

الباب الثالث

في التفويض وحكم المفوضة

التفويض : أن تجعل الامر إلى غيره . ويقال : إنه الإهمال .
ومنه قوله^(٢) :

(١) في الأصل : نحمر .

(٢) في الأصل : قولهم .

لا يصلح الناس فوزى ... (١) وسميت المرأة مفوضة لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا مهر ، أو لأنها أمهلت المهر . ومفوضة ، بفتح الواو ، لان الولي فوز أمرها إلى الزوج ، وفي الباب طرفان .

أحدهما : في صورة التفويض .

والثاني : في حكمه .

أما الأول : فالتفويض ضربان . تفويض مهر ، وتفويض بضع . فتفويض المهر أن تقول لوليا : زوجني على أن المهر ماسئت أو ماسئت أنا ، أو ماشاء الخاطب ، أو فلان ، فإن زوجها على ما ذكرت من الابهام ، فحكمه ماسبق في آخر الباب السابق . وإن زوجها بما عين المذكور مشيئة ، صح المسمى وإن كان دون مهر المثل . وإن زوجها بلا مهر ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح بمهر المثل ؟ فيه الخلاف السابق في آخر الباب السابق فيما إذا أطلقت الإذن وزوج الولي بدون مهر المثل ، وليس النكاح في هذه الصور خالياً عن المهر ، وليس هذا التفويض بالتفويض الذي عقدنا له الباب .

وأما تفويض البضع ، فالمراد به : إخلاء النكاح عن المهر ، وإنما يعتبر إذا صدر من مستحق المهر بأن تقول البالغة الرشيدة ، ثيباً كانت أو بكراً : زوجني بلا مهر أو على أن لامهر ، فيزوجها الولي وينفي المهر ، أو يسكت عنه . ولو قالت : زوجني وسكتت عن المهر ، فالذي ذكره الإمام وغيره ، أن هذا ليس بتفويض ،

(١) هو قطعة من بيت للأفوه الأودي ، وهو بتمامه :

لا يصلح الناس فوزى لامرأة لهم ولا سراة إذا جهلهم سادوا

لأن النكاح يعقد غالباً بمهر ، فيحمل الإذن على العادة ، فكأنها قالت : زوجني بمهر ، ويوافق هذا ماسبق . وفي بعض كتب العراقيين ما يقتضي كونه تفويضاً . ومن التفويض الصحيح أن يقول سيد الأمة : زوجتها بلامهر ، أو زوجها ساكتاً عن المهر .

ولو أذنت الحرة لولها في التزويج ، على أن لا مهر لها في الحال ولا عند الدخول ولا غيره ، وزوجها الولي كذلك ، فوجهان . أحدهما : بطلان النكاح . وأصحها : صحته . وعلى هذا ، هل هو تفويض فاسد فيجب مهر المثل ، أم يبلغى النفي في المستقبل ويكون تفويضاً صحيحاً ؟ وجهان ، وبالأول قال أبو إسحاق ، لأنه شرط فاسد ، والشرط الفاسد في النكاح يوجب مهر المثل . ولو زوجها الولي ونفى المهر من غير أن ترضى هي بمهر المثل ، فهو كما لو نقص عن مهر المثل . فإن كان مجبراً ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح بمهر المثل ؟ قولان . وإن كان غير مجبر ، فهل يبطل قطعاً أم على القولين ؟ فيه طريقتان ، وقد سبق جميع هذا .

فرع

لا يصح تفويض المحجور عليها لسفه ، ولا الصبية المميزة . وإذا قالت السفية : زوجني بلامهر ، استفاد به الولي الإذن في النكاح ولغا التفويض .

فرع

نكحها على أن لا مهر لها ولا نفقة ، أو على أن لا مهر لها وتعطي زوجها ألفاً ، فهذا أبلغ في التفويض . ولو قالت للولي : زوجني بلامهر ، فزوجها بمهر المثل

من نقد البلد ، صح المسمى . وإن زوجها بدون مهر المثل أو بغير نقد البلد ، لم يلزم المسمى ، وكان كما لو نكحها تقويضاً .

الطرف الثاني : في حكم التفويض ، وفيه مسائل .

إحداها : هل تستحق المفوضة مهر المثل بنفس العقد ، أم لا يجب بنفس العقد ؟ فيه قولان . أظهرهما : الثاني . فعلى هذا ، إذا وطئها ، وجب مهر المثل على الصحيح . وعن القاضي حسين تخريج وجه : أنه لا يجب ، خروجه من وطء المرتنن المرهونة بإذن الراهن ، ظانا بالإباحة ، والجامع حصول الإذن من مالك البضع ، وموضع هذا الوجه على ما ذكره أكثر من نقله ^(١) ما إذا جددت إذنا في الوطء وصرحت بنفي المهر . قال الإمام : والقياس أن لا يشترط تجديد الإذن ، قال : وقد رأيت في بعض المجموعات ما يدل عليه ، وإذا قلنا بالصحيح وأوجبنا مهر المثل ، فهل تعتبر حالة الوطء ، أم يجب أكثر مهر من يوم العقد إلى الوطء ؟ فيه وجهان ، أو قولان . أظهرهما : الثاني .

الثانية : مات أحد الزوجين قبل الفرض والميسر ، فهل يجب مهر المثل أم لا يجب شيء ؟ فيه خلاف مبني على حديث يروى عن بنت واشق ، أنها نكحت بلامهر ، فمات زوجها قبل أن يفرض لها ، فقضى لها رسول الله ﷺ بمهر نساءها والميراث ، فقليل : إن ثبت الحديث ، وجب المهر ، وإلا فقولان . وقيل : إن لم يثبت ، فلا مهر ، وإلا فقولان . وقيل : إن ثبت ، وجب ، وإلا ، فلا ، وهو ظاهر لفظ « المختصر » . وقيل : قولان وهو الأصح ، وبه قال العراقيون والحلي ،

(١) في مخطوطة الظاهرية : نفاء .

واختلفوا في الأظهر منهما ، فرجح صاحب « التقريب » والمتولي ، الوجوب .
ورجح العراقيون والإمام والبقوي والرويانى ، أنه لايجب .

قلت : الراجح ترجيح الوجوب ، والحديث صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم . قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، ولا اعتبار بما قيل في إسناده ، وقياساً على الدخول ، فإن الموت مقرر كالدخول ، ولا وجه للقول الآخر مع صحة الحديث . والله أعلم

فإن أوجبنا ، فيجب مهر المثل باعتبار يوم العقد ، أم يوم الموت ، أم أكثرهما ؟
فيه ثلاثة أوجه حكاهما الخناطي .

الثالثة : طلقها قبل الدخول ، إن كان فرض لها ، تشطر المفروض كالسمى في العقد ، وإن لم يكن فرض لها ، فلا يشطر^(١) على المذهب ، وبه قطع الأصحاب .
وعن الشيخ أبي محمد والمتولي ، خلاف مبني على أن المهر يجب بالعقد أم لا ؟
قال الإمام : لا يعتد بهذا ، ولا يلتحق بالوجوه الضعيفة .

الرابعة : إذا قلنا : لا يجب المهر للمفوضة بالعقد ، فلها مطالبة الزوج بفرض مهر قبل المسيس . وإن أوجبناه بالعقد ، فمن قال : يشطر بالطلاق قبل المسيس ، قال : ليس لها طلب الفرض ، لكن لها طلب المهر نفسه ، كما لو وطئها ووجب مهر المثل ، تطالب به لا بالفرض . ومن قال : لا يشطر . قال : لها طلب الفرض ليتقرر الشطر فلا يسقط بالطلاق ، وهذا هو المذهب . ولها حبس نفسها للفرض ،

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : إن كان فرض لها يشطر المفروض كالسمى في العقد

وإلا فلا شطر .

وهل لها حبس نفسها لتسليم المفروض ^(١) ؟ قال البغوي والرويانى : نعم كالسمى .
وحكى الإمام عن الأصحاب المنع ، وبه قطع الغزالي لأنها ساحت بالمهر ، فكيف
تضايق في تقديمه ^(٢) .

فرع

الفرض يوجد من الزوج ، أو القاضي ، أو أجنبي .

الضرب الأول : إذا فرض الزوج ، نظر ، إن لم ترض به المرأة ، فكأنه
لم يفرض وفيما علق عن الإمام ، أنه لا يشترط القبول منها ، بل يكفي طلبها
وإسعافه ، وليكن هذا فيما إذا طلبت عينا أو مقدراً فأجابها ، أما إذا أطلقت الطلب ،
فلا يلزم أن تكون راضية بما يعينه أو يقدره . أما إذا تراضيا على مهر ، فينظر ،
إن جهلا قدر مهر المثل ، أو جهله أحدهما ، ففي صحة الفرض قولان . أظهرهما
عند الجمهور : صحته وهونسه في « الإملاء » والقديم . وإن كانا عالمين به ، صح
ما فرضاه . ويجوز إثبات الأجل في المفروض على الأصح ، ويجوز أن يكون
زائداً على مهر المثل إن كان من غير جنسه ، وكذا إن كان منه على المذهب .

الضرب الثاني : فرض القاضي ، وذلك إذا امتنع الزوج من الفرض ، أو تنازعا
في قدر المفروض ، فيفرضه ، ولا يفرض إلا من نقد البلد حالا . ولورضيت بالأجل ،
لم يؤجل ، بل تؤخر هي إن شاءت ، ولا يزيد على مهر المثل ولا ينقص ، كما في
قيم المتلفات . ولكن الزيادة والنقص اليسير الذي يقع في محل الاجتهاد ، لا اعتبار

(١) في نسخة : وهل لها حبس نفسها لتقبض .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية زيادة نصها : قلت : الأول أصح ، وصححه في

المحرر ، والله أعلم .

به ، ويشترط علمه بقدر مهر المثل . قال الشيخ أبو الفرج : وإذا فرض ، لم يتوقف لزومه على رضاها ، لأنه حكم منه ، وحكم القاضي لا يفتقر لزومه الى رضى الخصمين .

الضرب الثالث : فرض الأجنبي . فإذا فرض أجنبي للمفوضة مهرأ يعطيه من مال نفسه برضاها ، لم يصح على الأصح . فإن صححنا ، طالبت الأجنبي بالمفروض ، وسقطت المطالبة عن الزوج . وعلى هذا ، لو طلقت قبل الدخول ، فنصف المفروض يعود إلى الزوج أم الى الأجنبي ؟ فيه الوجهان السابقان فيما اذا تبرع أجنبي بأداء المسمى ثم طلقت قبل المسيس ذكرناهما فيما لو أصدق عن ابنه .

فرع

أبرأت المفوضة عن المهر قبل الفرض والميس ، فإن قلنا : يجب المهر بالعقد ، صح الإبراء إن كانت تعلم مهر المثل ، فإن جهلته ، ففي صحة الإبراء عن المجهول قولان سبقا في « الضمان » . أظهرهما : المنع . فإن منعنا ، فذلك فيما زاد على المتيقن . وفيما استيقنته وجهان من تفريق الصفقة .

وإن قلنا : لا يجب المهر بالعقد ، فهو إبراء عما لم يجب ، وجرى سبب وجوبه . وفي صحته قولان كالقولين في ضمانه . أظهرهما : فساد ، فحصل أن المذهب فساد إبراهيم .

ولو أسقطت حق الفرض ، لم يسقط كإسقاط زوجة المولي ، ولو أبرأت عن المتعة قبل الطلاق ، فهو إبراء عما لم يجب . وإن أبرأت بعدئ ، فإبراء عن مجهول . ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير ، فأبرأته عن المسمى ، فهو لغو ، لأن الواجب غيره . وإن أبرأته عن مهر المثل وهي عالة به ، صح .

فرع

لزوجته عليه مهر تيقن أنه لا ينقص عن ألف ، واحتمل أن يزيد عليه إلى ألفين ، ورغبا في البراءة ، فينبغي أن تبرئه عن ألفين ، ذكره البغوي . ولو قبضت ألفاً ، وأبرأته من ألف إلى ألفين ، فإن بان أن مهرها ألف أو فوق الألف إلى ألفين ، فالبراءة حاصلة ، وإن بان فوق الألفين ، فعليه الزيادة ، وحصلت البراءة من ألفين ، والقول بحصول البراءة إذا بان فوق ألف إلى ألفين ، تفريع على أنه إذا قال : ضمنت من واحد إلى عشرة ، أو أبرأت ، صح الضمان والإبراء ، وهو الأصح . ولو دفع الزوج إليها ألفين ، وحلل لها ما بين ألف وألفين ، حل لها ذلك إن بان فوق ألف إلى ألفين . وإن بان دون ألف ، فعليها رد قدر التفاوت بين مهرها وبين الألف ، لأنه لم يدخل في التحليل ، وبحصل الفرض من جهة الزوجة بلفظ التحليل والإبراء ، أو الإسقاط والعفو . وأما من جهة الزوج ، فيشترط لفظ صالح لتمليك الأعيان . فإن تصرف في المدفوع وصار ديناً ، جرت فيه الألفاظ .

فرع

قال لمن عليه ألف درهم : أبرأتك عن ألف درهم ، ثم قال : لم أعلم وقت الإبراء أنه كان لي عليه شيء ، لا يقبل قوله في الظاهر . وفي الباطن وجهان . قال الاصطخري : لا يقبل أيضاً لأنه ورد على محل حقه . وقال غيره : يقبل ، والخلاف مأخوذ بما إذا باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً .

فصل

ذكرنا أن المفروض فرضاً صحيحاً ، كالمسمى في العقد ، حتى يتشطر ^(١) بالطلاق قبل الدخول . فلو فرض فاسداً كخمر ، لغا ، ولم يؤثر في تشطر مهر المثل ، بخلاف التسمية الفاسدة في العقد ، فإنها تشطره .

فرع

نكح ذمي ذمية على أن لامهر ، وترافعا إلينا ، حكمنا بحكمنا في المسلمين .

فصل

في بيان مهر المثل

ويحتاج إليه في مواضع . منها : المفوضة ، وفي التفويض الفاسد ، وفي التسمية الفاسدة ، وفيما إذا نكح نسوة بمهر واحد وقلنا : يوزع على مهور أمثالهن ، وفي وطء الشبهة والإكراه على الزنا ، وفيه مسائل .

إحداها : مهر المثل هو القدر الذي يرغب به في أمثالها ، والركن الأعظم في الباب النسب ، وينظر إلى نساء عصاباتهما ، وهن المنتسبات إلى من تنسب هذه إليه كالأخت وبنت الأخت ، والعمة وبنت العم ، ولا ينظر إلى ذوات الأرحام ، ويراعى في نساء العصة قرب الدرجة ، وأقربهن الأخوات من الأبوين ، ثم من

(١) في الأصل : يشترط ، وهو خطأ .

الأب ، ثم بنات الاخوة من الأبوين ، ثم من الأب ، ثم العمت كذلك ، ثم بنات الأعمام . فإن تعذر اعتبار نساء العصة ، اعتبر بذوات الأرحام كالجدات والحالات ، وتقدم القربى فالقربى من الجهات ، وكذا تقدم القربى فالقربى من الجهة الواحدة كالجدات . ولا يتعذر اعتبار نساء العصة بموتهن ، بل يعتبر بعد موتهن ، وإنما يتعذر بفقدن من الأصل ، وقد يكون للجهل بمقدار مهورهن ، أو لأنهن لم ينكحن . فإن تعذرت ذوات الأرحام ، اعتبرت بمثلها من الأجنيات ، وكذا إن لم يكن نسبها معلوماً ، وتعتبر العربية بعربية مثلها ، والأمة بأمة مثلها ، وينظر إلى شرف سيدها وخيسته ، ومهر المعتقة بمعققة مثلها . وفي وجه : تعتبر المعتقة بنساء الموالى .

الثانية : يعتبر مع ما ذكرناه البلد . فإذا كان نساء عصبانها ببلدين هي في إحدهما ، اعتبر بعصبات بلدها . فإن كن كلهن ببلدة أخرى ، فالاعتبار بهن لا بأجنيات بلدها ، وتعتبر المشاركة في الصفات المرغبة ، كالعفة ، والجمال ، والسن ، والعقل ، واليسار ، والبكارة ، والعلم ، والفصاحة ، والصراحة ، وهي أن تكون شريفة الأبوين ، وسائر الصفات التي تختلف بها الأغراض . وفي وجه : لا اعتبار باليسار وهو بعيد ، ومتى اختصت بصفة مرغوبة ، زيد في مهرها . وإن كان فيها نقص ليس في النسوة المعتبرات مثله ، نقص من المهر بقدر ما يليق به .

الثالثة : المعتبر غالب عادة النساء المعتبرات . فلو ساحت واحدة منهن ، لم يلزم الباقيات المساحة ، الا أن يكون لنقص دخل النسب وفترات الرغبات .

الرابعة : مهر المثل يجب حالاً من نقد البلد ، كقيمة المتلفات . وإن رضيت بالتأجيل ، لا يوجب الحاكم مؤجلاً ، لكن لها أن تسامح بالإنظار . فإن كانت النسوة المعتبرات ينكحن بمؤجل أو بصدق بعضه مؤجل ، لم يؤجل الحاكم أيضاً

لكن ينقص مايلقى بالأجل . وان جرت عادتهن بمساحة العشيرة دون غيرهم ، خففنا مهر هذه في حق العشيرة دون غيرها . وكذا لو كن يخففن ، اذا كان الزوج شريفاً ، خفف في حق الشريف دون غيره . وعن الشيخ أبي محمد : أنه لايلزم التخفيف في حق العشيرة والشريف . وقيل : مهر المثل الواجب بالعقد يجوز أن يختلف دون الواجب بالاتلاف ، والصحيح الاول .

فرع

تقادم العهد لايسقط مهر المثل عندنا .

فرع

الوطء في النكاح الفاسد ، يوجب مهر المثل باعتبار يوم الوطء كالوطء بالشبهة ، ولا يعتبر يوم العقد ، إذ لاحرمة للعقد الفاسد .

فرع

إذا وطئ مراراً بشبهة واحدة ، أو في نكاح فاسد ، لم يجب إلا مهر واحد . ولو وطئ بشبهة ، فزالت تلك الشبهة ، ثم وطئ بشبهة أخرى ، وجب مهران . ولو أكرهها على الزنا ، وجب بكل وطأة مهر ، لأن الوجوب هنا بالاتلاف ، وقد تعدد . ولو وطئ الأب جارية الابن مراراً من غير إحبال ، فقليل : يجب بكل وطء مهر . والأصح أنه لايجب إلا مهر واحد ، لأن شبهة الاعفاف تعم الوطآت ، وخصص البغوي الوجهين بما إذا اتحد المجلس ، وجزم بالتكرار عند اختلاف المجلس . ووطء الشريك المشتركة ، والسيد المكتبة مراراً ، كوطآت جارية الابن . وإذا وجب مهر واحد بوطآت ، اعتبر أكمل الأحوال .

الباب الرابع

في تشطر الصداق

بالطلاق قبل الدخول يشطر الصداق بين الزوجين ، وفي الباب أطراف .

[الطرف] الأول : في موضع التشطر وكيفيته .

أما موضعه ، فيتشطر الصداق قبل الدخول بالطلاق والخلع . وفيها إذا طلقت نفسها بتفويضه إليها ، أو علّق طلاقها بدخول الدار فدخلت ، أو طلقها بعد مدة الإيلاء بطلبها ، وبكل فورة تحصل لا بسبب من المرأة ، بأن أسلم أو ارتد أو أرضعت أم الزوجة الزوج وهو صغير ، أو أم الزوج أو ابنة الزوجة الصغيرة ، أو وطئها أبوه أو ابنه بشبهة وهي تظنه زوجها ، أو قذفها ولاعن . فأما إذا كان الفراق منها أو بسبب فيها ، بأن أسلمت أو ارتدت ، أو فسخت النكاح بعق أو عيب ، أو أرضعت زوجة أخرى له صغيرة ، أو فسخ النكاح بعيها ، فيسقط جميع المهر ، وشراؤها زوجها يسقط الجميع على الأصح ، وشراؤه زوجته يشطر على الأصح .

فرع

إذا طلق المفوضة قبل الفرض والدخول ، فالقول في التشطر سبق . وأما غير المفوضة ، فكل صداق واجب ورد عليه الطلاق قبل الدخول شطره ، سواء فيه

المسمى الصحيح في العقد ، والمفروض بعده ، ومهر المثل إذا جرت تسمية فاسدة في العقد .

فصل

وأما كيفية التشطر ، ففيها أوجه . الصحيح أنه يعود إليه نصف الصداق بنفس الفراق . والثاني : أن الفراق يثبت له خيار الرجوع في النصف ، فإن شاء يملكه وإلا فيتركه كالشفعة . والثالث : لا يرجع إليه إلا بقضاء القاضي . وحكى العبادي ، أن أبا الفضل القاساني الزاهد ، حكى الثالث قولاً قديماً . وأنكر جمهور الأصحاب كونه قولاً أو وجهاً ، فاذا قلنا : يثبت الملك بالاختيار ، فطلقها على أن يسلم لها كل الصداق ، وهذا إعراض منه ورضى بسقوط حقه ، فيسلم لها جميعه . وعلى الصحيح يلغو قوله ، ويتشطر المهر كما لو أعتق ونفى الولاء . ولو طلق ثم قال : أسقطت خياري ، وقلنا : الطلاق يثبت الخيار ، فقد أشار الغزالي إلى احتمالين . أحدهما : يسقط كخيار البيع . وأرجحها : لا ، كما لو أسقط الواهب خيار الرجوع ، ولم يجز هذا التردد فيما لو طلق على أن يسلم لها كل الصداق . ويجوز أن يسوي بين الصورتين . ولو حدثت زيادة في الصداق بعد الطلاق ، فعلى الوجه الأول : الصحيح نصفها للزوج ، وعلى الثاني : إن حدثت قبل اختيار التملك ، فالجميع للزوجة كالحادث قبل الطلاق ، هذا إذا كانت الزيادة منفصلة ، فإن كانت متصلة وقلنا بالأول ، فالنصف بزيادته للزوج . وإن قلنا بالثاني ، فوجهان . أصحها : كذلك . والثاني : يمنع الرجوع إلا برضاها . وإن حدث نقص ، فإن قلنا : يملك بالاختيار ، فإن شاء أخذه ناقصاً بلا أرش ، وإن شاء تركه وأخذ نصف قيمته صحيحاً . وإن قلنا : يملك بنفس الطلاق ، فإن

وجد منها تعدّي ، بأن طالها برد النصف ، فامتنعت ، فله النصف مع أرش النقص وإن تلف الكل والحالة هذه ، فعليها الضمان . وإن لم يوجد تعدّي ، فوجهات . أحدهما وهو ظاهر النص وبه قال العراقيون والروائي : أنها تغرم أرش النقص . وإن تلف ، غرمت البديل لأنه مقبوض عن معاوضة كالبيع في يد المشتري بعد الإقالة . وفي « الأم » نص يشعر بأنه لاضمان ، وبه قال المراوزة ، لأنه في يدها بلا تعدّي ، فأنشبه الوديعة . فعلى الأول ، لو قال الزوج : حدث النقص بعد الطلاق فعليك الضمان ، وقالت : قبله ولا ضمان ، فأبها المصدق ؟ وجهان . أصحها : المرأة ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . ولو رجع كل الصداق إليه بردها ، أو فسخ وتلف في يدها ، فمضمون عليها كالبيع يفسخ بإقاله أو ردّ بعيب . قال الإمام : وحكم النصف عند رده كالطلاق .

فرع

إذا قلنا : يملك بالاختيار ، فهل تملك الزوجة التصرف بعد الطلاق قبل الاختيار ؟ وجهان حكاهما الامام . قال : القياس أنها تملك كما قبل الطلاق ، وكما يملك المتهب قبل رجوع الواهب .

فرع

إذا كان الصداق ديناً ، سقط نصفه بمجرد الطلاق على الصحيح ، وعند الاختيار : على الثاني ، ولو أدى الدين والمؤدى باقٍ ، فهل لها أن تدفع قدر النصف من موضع آخر لأن العقد لم يتعلق بعينه ؟ أم يتعين حقه فيه لتعيينه بالدفع ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

الطرف الثاني في تغير الصداق قبل الطلاق . إذا أصدقها عيناً ، ثم طلقها قبل الدخول ، فإن كانت تالفة ، رجع بنصف مثلها إن كانت مثلية ، أو نصف قيمتها إن كانت متقومة . وإن كانت باقية ، فإن لم يحدث فيها تغير ، رجع في نصفها كما سبق . وإن حدث تغير وهو مقصود الفصل ، فهو نقص أو زيادة أو كلاهما ، فهي ثلاثة أقسام . الأول : نقص محض وهو نوعان ، نقص صفة ونقص جزء . النوع الأول : نقص الصفة كالعمى والعمور ، ونسيان الصنعة ، وهو ضربان . حادث في يدها ، وحادث في يده .

الضرب الأول : أن يحدث في يدها ، فالزوج بالخيار ، إن شاء رجع إلى نصف قيمة الصداق سليماً ، وإن شاء قنع بنصف الناقص بلا أرش . هذا قول الأصحاب . قال الإمام : ويحتمل أن يقال : يجب الأرش ، وجعل الغزالي هذا الاحتمال وجهان .

الضرب الثاني : أن يحدث في يده قبل قبضها وأجازت ، فله عند الطلاق نصفها ناقصاً ، ولا خيار له ولا أرش ، لأنه نقص وهو من ضمانه ، لكن لو حدث النقص بجنابة وأخذت الارش ، فهل له نصف الارش ، لأنه بدل الفاتت أم لاشيء [له] ^(١) من الارش كزيادة منفصلة ؟ فيه وجهان . أصحهما : الأول .

النوع الثاني : نقص جزء ، بأن أصدقها عيدين وقبضها ، قتل أحدهما في يدها ثم طلقها ، فثلاثة أقوال . أظهرها : يرجع إلى نصف الباقي ونصف قيمة التالف . والثاني : أنه يأخذ الباقي بحقه إن استوت قيمتها . والثالث : يتخير بين أن يأخذ نصف الباقي ونصف قيمة التالف ، وبين أن يأخذ نصف قيمة العيدين .

(١) زيادة من إحدى نسخ الظاهرية .

القسم الثاني : زيادة محضة وهي صنفان ، منفصلة ومتصلة . أما المنفصلة ، كاللبن ، والولد ، والكسب ، فيسلم للمرأة - سواء حصلت في يدها أو في يد الزوج ، ويختص الرجوع بنصف الاصل . ثم في « الشامل » و « التمتة » : إن قولنا : يرجع بنصف الاصل ويبقى الولد لها ، مفروض في غير الجوازي ، وليس له الرجوع في نصف الجارية ، لأنه يتضمن التفريق بين الام والولد ، بل يرجع إلى القيمة . فان وافقته الزوجة ورضيت برجوعه إلى نصف الام ، فهو كالتفريق بين الام والولد بالبيع .

الصنف الثاني : الزيادة المتصلة ، كالسمن ، وتعلم صنعة ، فلا يستقل الزوج بالرجوع إلى عين النصف ، بل يخير الزوجة . فان أبت ، رجع إلى نصف القيمة بغير تلك الزيادة . وإن سمحت ، أجبر على القبول ولم يكن له طلب القيمة . وحكى الحناطي وجهاً ، أنه لا يجبر للمنة ، والصحيح الاول . قال الأصحاب : لا تمنع الزيادة المتصلة الاستقلال بالرجوع إلا في هذا الموضع . فأما في سائر الاصول ، كالمبيع في يد المفلس ، والموهوب في يد الولد ، والمردود بالعيب في البيع ، فلا تمنع الزيادة المتصلة الرجوع ، بل يستقلون بالرجوع معها ، وفرقوا بأن الرجوع في هذه الصور بالفسخ ، وهو رفع العقد من أصله أو حينه . فان رفع من أصله ، فكأنه لا عقد . وإن رفع من حينه ، فالفسخ مشبه^(١) بالعقد ، والزيادة تتبع الاصل في العقد ، فكذا في الفسخ ، وعود الشرط بالطلاق ليس فسخاً ، ولهذا لو سلم العبد الصداق من كسبه ثم عتق وطلق ، عاد النصف إليه لا إلى السيد ، وإنما هو ابتداء ملك يثبت فيما فرض صداقاً . وفرق أبو إسحاق

(١) في الأصل : شبه .

بين الصداق وصورة الافلاس ، بأن^(١) غريم المفلس لو منعناه الرجوع إلى العين ، لم يتم له الثمن لمزاحمة الغرماء ، وهنا إذا لم تسلم العين ، سلمت القيمة بتمامها ، فلا ضرر ، حتى لو كانت محجوراً عليها بفلس عند الطلاق ولو ترك العين لاحتاج إلى المضاربة ، قال : يرجع إلى العين بزيادتها بغير رضاها . وعول الأكثرون على الفرق الاول ، ومنعوا استقلاله بالرجوع وإن كانت محجوراً عليها ، واعتبروا في الرجوع حينئذ رضاها ورضى الغرماء . وحكى الإمام وجهاً أن كونها محجوراً عليها ، يمنع الرجوع وإن^(٢) لم تكن زيادة ، لتعلق حق الغرماء قبل ثبوت الرجوع ، والزوائد المنفصلة والمتصلة فيما سوى الطلاق من الأسباب المشطرة كهي في الطلاق .

وأما ما يوجب عود جميع الصداق إلى الزوج ، فينظر فيه ، إن كان سببه عارضاً كالرضاع وردتها ، فكذلك الحكم . وفي ردتها وجه أن الزوج يستقل بالرجوع في الزوائد المتصلة . وإن كان السبب مقارناً كالفسخ بعيه أو عيها ، فالذي قطع به الجمهور ، أنه يعود بزيادته إلى الزوج ، ولا حاجة إلى رضاها كفسخ البيع بالعيب . وقال المتولي : إن قلنا في الفسخ بعد الدخول : يبقى المسمى لها ، فهو كما لو كان السبب عارضاً . وإن قلنا : يوجب مهر المثل ، فهل يستند الفسخ إلى أصل العقد ويرفع^(٣) أصله ، أم لا ؟ فيه خلاف . إن قلنا : لا ، فالحكم كما سبق ، وإن قلنا : نعم ، عاد الصداق إليه بزوائده المتصلة والمنفصلة .

(١) في الأصل : فإن .

(٢) في الأصل : فإن .

(٣) في نسخته : ويدفع .

فرع

إذا امتنع الرجوع إلى نصف عين الصداق ، رجع بنصف قيمة الجملة بغير زيادة ولا نقص ، ولا يقال : يرجع بقيمة النصف . ووقع في كلام الغزالي بقيمة النصف ، وهو تساهل في العبادة ، والصواب ما ذكرنا ، لأن التشقيص غيب .

القسم الثالث : إذا تغير الصداق بالزيادة والنقص معاً ، إما بسبب واحد ، بأن أصدقها عبداً صغيراً فكبر ، فإنه ^(١) نقص بسبب نقص القيمة ، ولأن الصغير يدخل على النساء ، ولا يعرف الغوائل ، ويقبل التأديب والرياضة ، وفيه زيادة بقوته على الشدائد والأسفار ، وحفظ ما يستحفظه . وكما إذا أصدقها شجرة فكبرت فقل ثمرها وزاد حطبها .

وإما بسببين ، بأن أصدقها عبداً فتعلم القرآن واعور ، فثبت لكل منها الخيار ، وللزوج أن لا يقبل العين لنقصها ، ويعدل إلى نصف القيمة ، ولها أن لا تبذلها لزيادتها وتدفع نصف القيمة . فإن اتفقا على رد العين ، جاز ، ولا شيء لأحدهما على الآخر . وليس الاعتبار بزيادة القيمة ، بل كل ما حدث وفيه فائدة مقصودة ، فهو زيادة من ذلك الوجه وإن نقصت القيمة كما ذكرنا في كبر العبد .

فرع

أصدقها جارية حائلاً ، فجلت في يدها وطلقها قبل الدخول ، فهو زيادة من وجه ونقص من وجه ، للضعف في الحال ، وخطر الولادة . فان لم يتفقا على نصف الجارية ،

(١) في الأصل : فكأنه .

فالمعدول إليه نصف قيمة الجارية ، وليس لأحدهما إجبار الآخر . وحكى الحناطي وجهاً ، أن الزوج يجبر إذا رضيت برجوعه إلى نصف الجارية حاملاً بناءً على أن الحمل لا يعرف ، ومقتضى هذا أن تجبر هي أيضاً إذا رغب الزوج في نصفها حاملاً ، والصحيح الأول . وأما الحمل في البهيمة ، فكالجارية . وقيل : زيادة محضة ، إذ لا خطر فيه ، والأول أصح ، لأنه لا يحمل عليها حاملاً ما يحمل حائلاً ، ولأن لحم الحامل أردأ .

فرع

أصدقها أرضاً فحرثتها ، فإن كانت الأرض معدة للزراعة ، فزيادة محضة . وإن كانت معدة للبناء ، فنقص محض ، فحينئذ إن أراد الرجوع إلى نصف عينها ، مكن ، وإن أبى ، رجع إلى نصف القيمة بلا حرث . وإن زرعها ، فنقص محض ، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصف العين وترك الزرع إلى الحصاد ، فذاك . قال الإمام : وعليه إبقاؤه بلا أجر ، لأنها زرعت ملكها الخالص . وإن رغب فيها الزوج وامتنعت ، أجبرت . وإن رغبته هي ، فله الامتناع ، ويأخذ نصف قيمة الأرض . فإن قالت : خذ نصف الأرض مع نصف الزرع ، ففي إجباره طريقان . أحدهما : وجهاً كما سنذكره إن شاء الله تعالى في الثمار . والثاني : القطع بالمنع ، لأن الزرع ليس من عين الصداق ، بخلاف الثمرة ، والمذهب المنع كيف كان . وإن طلقها بعد الحصاد ، وبقي في الأرض أثر العمارة ، وكانت تصلح لما لا تصلح له قبل الزراعة ، فهي زيادة محضة ولو غوستها ، فكما لو زرعها . لكن لو أراد أن يرجع في نصف الأرض ويترك الغراس ، ففيه وجه أنها لا تجبر ، لأن الغراس للتأييد . وفي إبقائه في ملك الغير ضرر . ولو طلقها والأرض مزروعة أو مغروسة ،

فبادرت بالقلع ، نظر ، إن بقي في الارض نقص لضعفها بها وهو الغالب ، فهو على خيرته ، وإلا انحصر حقه في الارض .

فصل

أصدقها نخيلاً حوائل ، ثم طلقها وهي مطلعة ، فليس له أخذ نصف الطلع قهراً ، ولا نصف العين قهراً ، لأن الطلع كزيادة متصلة فيمنع الرجوع قهراً . فان رضيت بأخذه نصف النخل والطلع ، أجبر على المذهب . وقيل : وجهان كالثمرة المؤبرة ، أما إذا طلقها وعليها ثمار مؤبرة ، ففيها مسائل .

إحداها : ليس له تكليفها قطع الثمرة ليرجع إلى نصف العين . فلو بادرت بقطعها ، أو قالت : اقطعها ليرجع ، فليس للزوج إلا الرجوع إلى نصف الشجر إذا لم يمتد زمن القطع ولم يحدث به نقص في الشجر بانكسار سعف وأغصان .

الثانية : أراد الرجوع في نصف النخل وترك الثمار إلى الجداد فأبت ^(١) ، أجبرت على الأصح عند الجمهور ، منهم العراقيون ، وبه قطع البغوي ، لأن الأشجار في يدها كسائر الأموال ^(٢) المشتركة . ورجح المتولي منع الاجبار ، وأشار إلى ترجيحه الإمام والغزالي ، لأنها قد [لا] ^(٣) ترضى بيده ودخوله البستان . قال الإمام : ولأنه لا بد من تنمية الثمار بالسقي ، ولا يمكن تكليفها ^(٤) السقي ، لأن نفعه غير مختص بالثمر ، بل ينفع به الشجر أيضاً ، ولا يمكن تكليفها ^(٤) ترك السقي لتضرر الثمر

(١) في الأصل : فبانت .

(٢) في نسخ الظاهرية : الأملاك بدل الأموال .

(٣) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

(٤) في إحدى نسخ الظاهرية : تكليفها .

والشجر . ولمن قال بالاول أن يقول : حكم السقي هنا حكمه فيما إذا اشترك
اثنان في الشجر وانفرد أحدهما بالثمر في غير الصداق .

الثالثة : أرادت رجوعه^(١) في نصف الشجر وترك غيرها إلى الجداد ، فله
الامتناع وطلب القيمة ، لأن حقه في الشجر خالية ، وليس لها تكليفه تأخير الرجوع
إلى الجداد ، لأن حقه ناجز في العين أو القيمة . ولو قال : أؤخر الرجوع إلى
الجداد ، فلها الامتناع لان نصيبه يكون مضموناً عليها ، كذا وجهه ، وهو تفريع
على أن النصف الراجع إليه يكون مضموناً عليها ، وفيه خلاف سبق . ولو قال :
أرجع ويكون نصيبى وديعة عندك وقد أبرأتك عن ضمانه ، فوجهان لها التفات
إلى إبراء الغاصب مع بقاء المغضوب في يده . وزاد من نظر إلى السقي ، فقال :
ليس لها أن تقول : أرجع واسق ، لان فائدة السقي تعود إلى نصيبها من الشجر
والى الثمار وهي خالصة لها ، ولا أن تقول : أرجع ولا تسق ، لانه يتضرر .
ولو قالت : أرجع وأنا لا أسقي وإليك الحيرة في السقي وتركه ، أو قال :
ارجع ولا أسقي ولك الخيار في السقي وتركه ، لم يلزم الآخر الاجابة ، لأنه
إن ترك السقي تضرر ، وإن سقى اختص بالمؤنة دون الفائدة . ولو قال الزوج :
ارجع إلى النصف واسق والتزم المؤنة ، أو قالت : أرجع وأنا أسقي ، فهل
يلزم الآخر الاجابة ؟ وجهان . أصحابها : المنع ، لأنه وعد وقد لا يفي به . فإن
قلنا بالاجابة ، فبدا للملتزم وامتنع ، تبينا أن الملك لم يرجع إلى الزوج ، وكأنه
موقوف على الوفاء بالوعد ، وألحقوا بهذه الصورة ما إذا أصدقها جارية فولدت في
يدها ولداً مملوكاً ثم طلقها قبل الدخول ، فقال : أرجع إلى نصف الجارية وأرضى

(١) في الأصل : برجوعه .

أن ترضع الولد ، ففيه ^(١) الوجهان . قال الإمام : ونص الشافعي رحمه الله يدل على أنه لا يجاب . ولو قال : أرجع وأمنعها الارضاع ، لم تُجَبْ بلا خلاف . وفي هذه المسألة وراء الارضاع ومضي زمانه شيء آخر ، وهو التفريق بين الأم والولد . وقد ذكرنا ما ذكره صاحباً « الشامل » و « التتمة » فيه .

الرابعة : وهبت له نصف الثمار ليشتركا في الثمر والشجر ، فهل يجب القبول لأن الثمر متصل كالسمن ، أم لا ، لأن الثمرة المؤبرة كالمنفصلة ولا يجبر على قبول ملك الغير ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

الخامسة : تراضيا على الرجوع في نصف الشجر في الحال ، أو على تأخير الرجوع إلى الجداد ، مكنّا منه . وإذا بدا لأحدهما في التأخير ، مكنّ من الرجوع عنه . وقال المعللون بالسقي : إن رضا بالرجوع في الحال على أن يسقي من شاء منها متبوعاً ، أو على أن يتركاً أو أحدهما السقي ، فمن التزم السقي ^(٢) ، فهو وعد لا يلزم ^(٣) الوفاء به ، لكن إذا لم يف ، تبينا أن الملك لم يعد إلى الزوج . ومن ترك السقي ، لم يمكن ^(٤) من العود إليه . هذا حاصل المسألة ، ولم أر تعرضاً للسقي إلا للإمام ومن نحا نحوه .

فرع

ظهور النور في سائر الأشجار كبدو* الطلع في النخل ، وانعقاد الثمار مع تناثر النور ، كالتأثير في النخل .

(١) في الأصل : فيه .

(٢) في الأصل : في القسي .

(٣) في الأصل : لأن يلزم .

(٤) في الأصل : لم يكن .

فرع

أصدقها نخلة عليها ثمرة مؤبرة ، وطلقها قبل الدخول ، فله نصف الثمرة مع نصف النخلة ، سواء جدت الثمرة أم لا . وإن أصدقها والثمره مطلعة ، وطلقها وهي بعد مطلعة ، أخذ نصفها مع الطلع . ونقل المتولي وجهاً أنه إذا امتد الزمان بحيث يزداد في مثله الطلع ، لا يجوز له الرجوع فيه ، هذا لفظه . ولو قال : لم يجوز له الرجوع بغير رضاها ، لكان أحسن . فلو كانت مؤبرة عند الطلاق ، فهل له في الثمرة حق ؟ فيه طريقتان . أحدهما : على قولين كما إذا أصدقها جارية حاملاً فولدت قبل الطلاق ، والمذهب القطع بثبوت حقه في الثمرة لأنها مشاهدة متيقنة ، ويجوز إفرادها بالعقد بخلاف الحمل . فإن أثبتنا له حقاً في الثمرة ، لم يأخذ إلا برضاها لأنها زادت . فإن لم ترض ، أخذ نصف الشجر مع نصف قيمة الطلع .

فرع

أصدقها جارية حاملاً فطلقها قبل الدخول ، نظر ، إن طلقها وهي بعد حامل ، فله نصفها حاملاً ، ويجيء عند امتداد الزمان الوجه الذي حكاه المتولي في الفرع قبل هذا . وإن طلقها وقد ولدت ، فالكلام في الأم ثم الولد ، أما الأم ، فلا يأخذ نصفها إن كان الولد رضيعاً لثلاث يتضرر ، لكن يرجع إلى نصف القيمة وإن كان فطياً ، فإن كان في زمن التفريق المحرم ، فعلى ما تقدم ، وإلا فله نصفها . وإن نقصت قيمتها بالولادة ، نظر ، إن ولدت في يد الزوج ، فعلى ما سبق من حكم النقص في يد الزوج . وإن ولدت في يد الزوجة ، فله الخيار ، إن شاء أخذ نصفها ولا شيء له معه ، وإن شاء رجع إلى نصف القيمة . وأما الولد ، فهل

للزوج حق في نصفه ؟ يبنى على أن له قسطاً من الثمن في المبيع ، وفيه قولان
سبقا في مواضع . أظهرهما : نعم . فإن قلنا : لا ، فلا حق له فيه ، لأنه حادث
في ملكها ، وإن قلنا : نعم ، فوجهان . أحدهما : له فيه حق كما لو أصدقها عينين ،
لكن الولد زاد بالولادة ، فلها الحيار . فإن رضيت برجوع الزوج في نصفه ونصف
الام ، أجبر على قبوله . وإن أبت ، قال المتولي : لا يرجع في نصف الجارية للتفريق ،
لكن يرجع في نصف قيمتها ونصف قيمة الولد يوم انفصاله . والثاني : لاحق له
فيه لانه لاقيمة له قبل الانفصال .

قلت : الاول أصح . والله أعلم

ولو كانت الجارية المصدقة حائلاً ، وطلقها حاملاً ، فقد سبق حكمه . فإن
ولدت ، ثم طلقها ، فالولد لها ، والقول في الام كما سبق فيما إذا كانت حاملاً يوم
الإصداق وولدت وطلقها ، وإن حبلت في يد الزوج وولدت في يدها ، فهل النقص
من ضمانه ولها الحيار ، لان السبب وجد في يده ، أم من ضمانها وله الحيار لان
النقص حصل عندها ؟ وجهان .

فرع

أصدقها حلياً فكسرتة ، أو انكسر في يدها وبطلت صنعة ، ثم أعادت
المنكسر حلياً ، ثم طلقها قبل الدخول ، نظر ، إن صاغته على هيئة أخرى ، فالحاصل
زيادة من وجه ، ونقص من وجه ، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصفه ، جاز .
وإن أبى أحدهما ، تعين نصف القيمة . وإن عادت الصنعة بحالها ، فهل يرجع في
نصف العين بغير رضاها ، أم يعتبر رضاها ؟ وجهان . أصحهما : الثاني ، وبه قال

ابن الحداد ، ويجري الوجهان فيما لو أصدقها جارية فهزلت ثم سمت ، وفيما لو نسي العبد الصنعة ثم تعلمها . ولو طرأت على عين العبد غشاوة وكان لا يبصر شيئاً ، ثم زالت ثم طلقها ، ففيما علق عن الإمام ، أن الزوج يرجع في نصف العبد بلا خلاف ، كما لو حدث في يدها عيب فزال ثم طلقها . وإذا قلنا في الحلي : يعتبر رضاها ، ففيما يرجع به وجهان . أصحها : نصف قيمة الحلي بهيأته التي كانت . والثاني : مثل نصفه بالوزن تبرأ ، وإلا نصف أجرته مثل الصنعة وهي قيمتها ، فعلى الاول ، فيما يقوم به وجهان . أحدهما وبه قال ابن الحداد : بغير جنسه ، فالمدَّهَب بفضة ، وكذا العكس . والثاني : يقوم بنقد البلد وإن كان من جنسه ، وبه قال محمد بن نصر المروزي . ويجري الوجهان في قيمة الصنعة ، ففي وجه : يقوم بغير جنس الحلي ، وفي وجه : بنقد البلد ، وهو الأصح كما سبق في الغصب . ولو كانت المسألة في إناء من ذهب أو فضة ، بني على جواز اتخاذه . وهل لصنعة قيمة ؟ إن قلنا : لا ، فللزوج الرجوع في نصف العين ، سواء عادت الصنعة الاولى أم غيرها ، إذ لازيادة . وإن قلنا : نعم ، فالحلي . ولو غصب جارية مغنية فنسيت عنده الاخان ، هل يردّ معها ما نقص من قيمتها بنسيان الاخان ، أم لا ، لانه محرم فلا عبوة بفواته ؟ وجهان .

قلت : الأصح المنع . والله أعلم

ولو اشترى مغنيةً بالفين ، وهي تساوي ألفاً بلا غناء ، ففي صحة البيع ثلاثة أوجه حكاه الشيخ أبو علي . أحدها : البطلان ، لأنه بذل في مقابلة حرام ، وبه

أفتى المحمودي . والثاني قاله أبو زيد : إن قصد بالشراء الغناء ، بطل ، وإلا ، فلا . والثالث : صحة البيع ، قاله الأودني ، قال : وما سوى ذلك استحسان . قلت : واختار إمام الحرمين الصحة مطلقاً ، وهو الأصح . ولو بيعت بألف ، فالبيع صحيح بلا خلاف . والله أعلم

فصل

أصدق ذمي خمرأ ، ثم أسلما وترافعا إلينا ، فقد سبق أنه إن كان ذلك بعد القبض ، لم نحكم لها بشيء . وإن كانت غير مقبوضة ، حكمنا بوجوب مهر المثل . ولو صارت الخمرة المصدقة في يده خلا ، ثم أسلما أو أحدهما ، فوجهان . قال ابن الحداد : لاشيء لها إلا الحُل . وأصحها وبه قال القفال : لها مهر المثل ، لأن الخمر لا تصلح صداقاً ، ولا عبرة بذكرها إذا لم يتصل بها قبض قبل الإسلام . ولو أصدقها عصيراً ، فتخمر في يده ، ثم عاد خلا ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا ، لزمه قيمة العصير . ولو قبضت الذمية الخمر ، ثم طلقها قبل الدخول ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا ، فلا رجوع للزوج لعدم المالية ومنع إمساك الخمر . ولو صارت خلاً عندها ، ثم طلقها قبل الدخول ، فهل للزوج الرجوع إلى نصفه لكون العين باقية وإنما تغيرت صفتها ، أم لا ترجع بشيء لأن حق الرجوع إنما يثبت إذا كان المقبوض مالاً وهنا حدثت المالية في يدها فهو كزيادة منفصلة ؟ فيه وجهان . أصحها : الأول ، وبه قال ابن الحداد . فعلى هذا لو تلف الحُل أو أتلفته ، ثم طلقها ، فوجهان أصحها وهو قول الحَضْرِي : يرجع بمثل نصف الحُل . والثاني وبه قال ابن الحداد : لا يرجع بشيء ، لأن الرجوع فيه تعتبر قيمته يوم الإصداق والقبض ،

ولا قيمة لهذا يوم الإصداق والقبض . ولو أصدقها جلد ميتة ، فقبضته ودبغته ، ثم طلقها قبل الدخول ، ففي رجوعه في نصفه وجهان مرتبان على تخلل الحر ، وأولى بعدم الرجوع ، لأن ماليته حدثت بفعلها ومع الترتيب ، فالأصح الرجوع ، وبه قال ابن الحداد . فعلى هذا : إن هلك الجلد عندها بعد الدباغ ، قال ابن الحداد : لا يرجع . قال الشيخ أبو علي : ينبغي أن لا يرجع هنا بلا خلاف ، بخلاف الحل لأنه مثلي والجلد متقوم ، والنظر في المتقوم إلى وقت الإصداق والإقباض ، ولم يكن له قيمة حينئذ . ولو ارتدت وانفسخ النكاح قبل الدخول ، فالقول في كل الحل وكل الجلد ، كالقول في النصف عند الطلاق .

فصل

كل عمل جاز الاستئجار عليه ، جاز جعله صداقاً ، وذلك كتعليم القرآن والصنائع ، وكالحياطة والخدمة والبناء وغيرها ، وفيه مسائل .

إحداها : يشترط في تعليم القرآن ليصح صداقاً شرطان .

أحدهما : العلم بالمشروط تعليمه بأحد طريقتين .

الأول : بيان القدر الذي يعلمه بأن يقول : كل القرآن أو السبع الأول أو الأخير . وحكي وجه ساذ : أنه لا يشترط تعيين السبع فإن عين بالسور والآيات ، فعلى ما ذكرناه في الإجارة ، وذكرنا هناك الخلاف في اشتراط قراءة نافع وأبي عمرو وغيرهما . وقطع ابن كج هنا بعدم الاشتراط قال : فلو شرط حرف أبي عمرو ، علمها بحرفه ، فإن علمها بحرف الكسائي ، فهل يستحق أجرة المثل ، أم لا شيء له ؟ وجهان . وحكى قولين في أنها ترجع على الزوج بهر المثل ، أم بقدر التفاوت بين أجرة التعليم بالحرف المشروط والآخر ؟ فإن لم يكن تفاوت ،

لم يرجع بشيء ثم قال : ولا معنى لهذا الاختلاف ، بل الواجب أن يقال : يعلمها بحرف أبي عمرو وهو متطوع^(١) بما علم . ثم العلم بهذا يشترط في حق الزوج ، فإن لم يعرف أحدهما أو كلاهما قدر السور والاجزاء والآيات ، قال أبو الفرج الزاز : الطريق التوكيل ، وإلا فيرى المصحف ، ويقال : تعلم من هذا الموضع إلى هذا ، ولك أن تقول : لا يكفي هذا ، إذ لا يعرف به صعوبته وسهولته .

قلت : الصواب أنه لا تكفي الإشارة إذا لم يعلمها فيتعين التوكيل .
وانته أعلم

الطريق الثاني : تقديرها بالزمان ، بأن يصدقها تعليم القرآن شهراً ، ويعلمها فيه ما شاءت ، كما يخطط الاجير للخياطة ماشاء المستاجر . فلو جمع الطريقين فقال : تعلمها في شهر سورة البقرة ، فهو كقوله : استأجرتك لتخطط هذا الثوب اليوم ، وفيه خلاف سبق في الاجارة .

الشرط الثاني : أن يكون المعقود على تعليمه قدرأ في تعليمه كلفة ، فإن لم يكن ، بأن شرط تعليم لحظة لطيفة ، أو قدر يسير وإن كان آية ، كقوله تعالى : (ثم نظر) [المدثر : ٢١] لم يصح الإصداق وهو كبيع حبة خنطة .
الثانية . أصدقها تعليم الفاتحة وهو متعين للتعليم ، ففي صحة الإصداق وجهان ، كنظيره في الإجارة . أصحها : الصحة . ولو نكحها على أداء شهادة لها عنده ، أو نكح كتابية على أن يلقنها^(٢) كلمة الشهادة ، لم يصح الصداق ، قاله البغوي .

(١) في الأصل : مقطوع ، وهو خطأ .

(٢) وعلى هامش الأصل نسخة : أن يعلمها .

الثالثة : إذا كان الزوج لا يحسن ما شرط تعليمه ، فإن التزم التعليم في الذمة ، جاز ثم يأمر بتعليمها أو يتعلم ويعلمها . وإن كان الشرط أن يعلمها بنفسه ، فهل يصح ثم يتعلم ويعلمها ، أم لا يصح لعجزه ؟ وجهان . أصحها : الثاني . ولو شرط أن يتعلم ثم يعلمها ، لم يصح أيضاً ، لأن العمل متعلق بعينه ، والأعيان لا تقبل التأجيل . قال المتولي : فإن صححنا فأمهله لتعلم ، فذاك ، وإلا فهو معسر بالصداق . ولو أراد الزوج أن يقيم غيره يعلمها ، جاز إن كان التزم في الذمة ، وإلا فلا . ولو أرادت أن تقيم غيرها متعلما ، فهل يجبر الزوج كالمستأجر للركوب يركب غيره ، أم لا لاختلاف الناس في الفهم والحفظ ؟ وجهان . أصحها عند الجمهور : الثاني ، وخالفهم الإمام ، ومنهم من جعل الخلاف في جواز الإبدال مع التراضي . ولو فرض عقد مجدد ، فأبدلت منفعة بمنفعة ، جاز قطعاً .

الرابعة : أصدقها تعليم ولدها ، لم يصح الصداق كما لو شرط الصداق لولدها . وإن أصدقها تعليم غلامها ، قال البغوي : لا يصح كالولد . وقال المتولي : يصح ، وهذا أصح . ولو وجب عليها تعليم الولد أو ختان^(١) العبد ، فشرطه صداقاً ، جاز .

الخامسة : لو تعذر التعليم ، بأن تعلمت من غيره ، أو كانت بليدة لا تتعلم ، أو لا تتعلم إلا بكلفة عظيمة ويذهب الوقت في تعليمها فوق العادة ، أو ماتت أو مات الزوج والشرط أن يعلم بنفسه ، ففي الواجب القولان السابقان فيما لو تلف الصداق قبل القبض . فعلى الاظهر : يجب مهر المثل ، وعلى الآخر : أجره التعليم .

السادسة : قال : علمتك وأنكرت ، فإذا لم تحسنه ، صدقت ، وإن أحسنته

(١) في الأصل : واختارت ، وهو خطأ .

وادعت التعلم من غيره ، فأيهما يصدق ؟ وجهان لتعارض الأصل والظاهر ، أصحابها : هي .

السابعة : أصدقها تعلم سورة ، فعلها ثم طلقها ، إن كان بعد الدخول ، فذاك ، وإلا ، فيرجع عليها بنصف أجره التعليم ، وإن طلقها قبل التعليم ، فقد استحققت جميع التعليم إن دخل ، وإلا ، فتعليم النصف ، وفيه وجهان . أحدهما : يعلمها وراء حجاب بغير خلوة . وأصحابها وهو المنصوص في « المختصر » : أنه قد تعذر التعليم ، لأنها قد صارت أجنبية ، ولا تؤمن مفسدة . فعلى هذا : ترجع بهر المثل على الأظهر إن دخل ، وإلا فنصفه ، وعلى الآخر : ترجع بأجره التعليم أو نصفها .

الثامنة : نكح كتابية على تعليم القرآن ، فإن توقع إسلامها ، صح الصداق ، وإلا فسد ، ومال جماعة إلى الجواز مطلقاً . ولو نكح مسلمة أو كتابية على تعليم التوراة والإنجيل ، لم يصح ، لأنه لا يجوز الاستغفال به لتبديله ، والواجب في هذه الحالة مهر المثل قطعاً ، إذ لا قيمة للسمى . ولو نكح ذمي على تعليم التوراة والإنجيل ، ثم أسلم أو ترفع بعد التعليم ، لم نوجب شيئاً آخر ، وإن كان قبل التعليم ، أوجبنا مهر المثل كما في الحر .

التاسعة : أصدقها تعليم فقه ، أو أدب أو طب أو شعر ونحوها بما ^(١) ليس بحرم ، صح الصداق . وإن كان محرماً كالهجو والفحش ، لم يصح .

العاشرة : نكحها على أن يرد عبدها الآبق ، أو جملها التائه ^(٢) وكان الموضع معلوماً ، صح . وإن كان مجهولاً ، فقولان . أحدهما : يصح كالجعالة . والمشهور : المنع ، ويجب مهر المثل ، بخلاف الجعالة ، فإنها عقد جائز احتملت الجهالة فيها للحاجة .

(١) في الأصل : ما .

(٢) في نسخة : الناد .

فإن رده ، فله أجرة مثل الرد ، ولها مهر المثل . وإذا صح الصداق ، فطلقها بعد رد العبد وقبل الدخول ، استرد منها نصف أجرة المثل . وإن طلقها قبل الرد ، فإن كان بعد الدخول ، فعليه الرد . وإن كان قبله ، فعليه الرد إلى نصف الطريق ، ثم يسلمه إلى الحاكم . فإن لم يكن حاكم ، أو لم يكن موضعاً يمكن تركه فيه ، ولم يتبرع بالرد إليها ، قال المتولي : يؤمر برده إليها ، وله عليها نصف أجرة المثل . ولو تعذر رده برد غيره ، أو رجوعه بنفسه أو بموته ، فقد فات الصداق قبل القبض ، فترجع إلى مهر المثل على الأظهر ، وعلى الآخر : إلى أجرة الرد .

الحادية عشرة : نكحها على خياطة ثوب معلوم ، جاز ، وله أن يأمر بالخياطة إن التزم في الذمة ، وإن نكح على أن يخيط بنفسه ، فعجز بأن سقطت يده أو مات ، ففيها عليه ؟ قولان . أظهرهما : مهر المثل . والثاني : أجرة الخياطة . ولو تلف ذلك الثوب ، فوجهان . أصحها : تلف الصداق فيعود القولان في مهر المثل والأجرة . والثاني : تأتي بثوب مثله ليخيطه . وإن طلقها بعد الخياطة قبل الدخول ، فله عليها نصف أجرة المثل . وإن طلقها قبل الخياطة ، فإن دخل بها ، فعليه الخياطة ، وإلا خا ط نصفه . فإن تعذر الضبط ، عاد القولان في أنه يجب مهر المثل أم الأجرة ؟

الثانية عشرة : قال المتولي : لو كان له عليها قصاص فنكحها ، وجعل النزول عن القصاص صداقاً ، جاز . ولو جعل النزول عن الشفعة ، أو حدّ القذف صداقاً ، لم يجوز ، لأنه لا يقابل بمال ، ولا يجوز جعل طلاق امرأة صداقاً لأخرى ، ولا بضع أمته صداق المنكوحة .

فصل

إذا أثبتنا الخيار للمرأة بسبب زيادة الصداق ، أوله بنقصه ، أو لها بها ، لم يملك الزوج النصف قبل أن يختار من له الخيار الرجوع إن كان الخيار لأحدهما ، وقبل أن يتوافقا إن كان الخيار لهما وإن قلنا : الطلاق يشطر الصداق بنفسه ، وليس لها الخيار على الفور ، بل هو كخيار الرجوع على الهبة ، لكن إذا توجهت مطالبة الزوج ، لا يمكن هي من التأخير ، بل تكلف اختيار أحدهما . وإذا طلب الزوج ، فلا يعين في طلبه العين ولا القيمة ، لأن التعيين يناقض تفويض الأمر إليها ، لكن يطالبها^(١) بحقه عندها ، فإن امتنعت ، قال الإمام : لا يقضي القاضي بحبسها لبذل العين أو القيمة ، بل يحبس العين عنها إن كانت حاضرة ، ويمنعها من التصرف فيها ، لأن تعلق حق الزوج بالصداق فوق تعلق حق الموهن بالموهون والغرماء بالتركة . فإن أصرت على الامتناع ، فإن كان نصف القيمة الواجبة دون نصف العين للزيادة^(٢) الحادثة ، باع ما يفي بالواجب من القيمة . فإن لم يرغب في شراء البعض ، باع الكل وصرف الفاضل عن القيمة الواجبة إليها . وإن كان نصف العين مثل نصف القيمة الواجبة ، ولم تؤثر الزيادة في القيمة ، ففيه احتمالان للإمام . أحدهما وبه قطع الغزالي : تسلم نصف العين إليه ، إذ لا فائدة في البيع ، فإذا سلم إليه ، أفاد قضاؤه ثبوت الملك له . والثاني : لا تسلم إليه العين ، بل يبيعه ، فلعله يجد من يشتريه بزيادة .

(١) في لأصل : يطالبها .

(٢) في الأصل : الزيادة .

فرع

إذا وجب الرجوع إلى القيمة بهلاك الصداق ، أو خروجه عن ملكها ، أو زيادة فيه أو نقص ، فالمعتبر الأقل من قيمة يوم الإصداق ويوم القبض . لكن لو تلف الصداق في يدها بعد الطلاق ، وقلنا : إنه مضمون عليها ، اعتبرت قيمة يوم التلف ، لأنه تلف ملكه تحت يد مُضمَّنة .

الطرف الثالث : في بيان حكم النشطر بعد تصرفها في الصداق ، وفيه مسائل .

إحداها : إذا زال ملكها عنه ببيع أو هبة مقبوضة ، أو إعتاق ، فليس للزوج نقص تصرفها لطلاقه قبل الدخول ، بل زوال ملكها كالهلاك ، ويرجع الزوج إلى نصف بدله وهو المثل إن كان مثلياً ، وإلا فالقيمة . وإن لم يزل الملك ، بل تعلق به حق ، فإن كان غير لازم ، بأن أوصت به ، أو وهبته ، أو رهنته ولم يقبض ، فللزوج الرجوع في نصفه . وفي « الشامل » وغيره ، نقل قول أنه لا يرجع في نصف الموهوب وإن لم يقبض ، لثلا يبطل تصرفها في ملكها ، وحق هذا أن يطرد في الرهن والوصية . وإن باعت بشرط الخيار وطلقها في مدته ، فإن جعلنا الملك للبائع ، فهو كالهبة قبل القبض ، وإن جعلناه للمشتري ، فلا رجوع في العين . وإن كان الحق لازماً ، بأن رهنته ^(١) وأقبضته ، فليس له الرجوع إلى نصفه . وإن أجرته ، فقد نقص الصداق باستحقاق المستأجر منفعته ، فإن شاء الزوج رجع إلى نصف القيمة في الحال ، وإن شاء رجع إلى نصف العين مسلوقة

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : وهبته ، وهو خطأ .

المنفعة مدة الإجارة . فلو قال : أنا أصبر إلى انفكك الرهن وانقضاء مدة الإجارة ،
نظر ، إن قال : أتسلمه ثم أسلمه إلى المرتهن أو المستأجر ، فليس لها الامتناع .
وإن قال : لا أتسلمه وأصبر ، فلها الامتناع ، وتدفع إليه نصف القيمة لما عليها من
خطر الضمان ، هذا إن قلنا : الصداق في يدها مضمون بعد الطلاق وهو الأصح .
وإن قلنا : لاضمان أو أبرأها عن الضمان وصحنا الأبراء ، فهل عليها الإجابة ، أم لا
لأنه قد يبدو له فيطالبها بالقيمة وتحلو يدها عنها ؟ وجهان ، فإن لم نوجب الإجابة
ولم نطالبها حتى انفك الرهن ، وانقضت مدة الإجارة ، فهل يتعلق حقه بالعين لزوال
المانع ، أم تتعين القيمة ، لأن المانع نقل حقه إليها ؟ وجهان . وتزويج جارية
الصداق كالأجارة . ولو زال ملكها وعاد ثم طلقها ، فهل يتعلق حقه بالعين
أم بالقيمة ؟ وجهان سبقت نظائرهما في الفلس والهبة . أصحابها هنا عند الجمهور :
التعلق بالعين ، لأن حقه لا يختص بالعين ، بل يتعلق بالبدل ، فالعين العائدة أولى
من البدل ، هذا إذا زال الملك بجهة لازمة ، فإن زال بغير لازم ، بأن باع
بالخيار ، وقلنا : يزول الملك وفسخ البيع ، ثم طلقها ، فالخلاف مرتب في التعلق
بالعين ، وأولى بالثبوت . ولو كاتبت عند الصداق وعجز نفسه ثم طلقها ، فعن
القاضي حسين إجراؤه مجرى الزوال اللازم . وقال الامام : هذا أولى بالثبوت ، لأن
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، ولا شك أن عروض الرهن وزواله قبل الطلاق
لا يؤثر .

المسألة الثانية : أصدقها عبداً فدبرته ، ثم طلق قبل الدخول ، فالمنذهب أنه
لا يرجع فيه وهو المنصوص في « المختصر » ، وهو ظاهر نصه في « الأم » أيضاً
سوى جعل التدبير وصية الأم تعليقاً بصفة ، لأن التدبير قرينة تتعلق بها غرض
لا يتقاعد عن الزيادة المتصلة التي لا تؤثر في القيمة . وقيل : في الرجوع قولان ، إن قلنا :

التدبير وصية ، رجع ، وإلا ، فلا . وقيل : يرجع قطعاً ، وهو ضعيف . ثم قال أبو إسحاق المروزي وغيره : الخلاف فيها إذا كانت موصرة تتمكن من أداء القيمة . فإن لم تكن ، رجع إلى نصف العبد قطعاً . ويتعلق بهذا الخلاف فروع .

[الفروع] الأول : ^(١) إن قلنا بالرجوع ، فالمفهوم من كلام الجمهور أن الزوج يستقل به ، ولا حاجة إلى تقدم رجوع المرأة . وقال الحناطي : يحتمل أن يقال : تجبر المرأة على الرجوع وإعطاء الزوج النصف . فإن امتنعت ، قام الحاكم مقامها ففسخه .

الثاني : لو رجعت عن التدبير بالقول وجوزناه ثم طلقها ، وقلنا : التدبير يمنع الرجوع ، فطريقان . أحدهما : القطع بتمكُّنه من الرجوع إلى نصفه ، لأن الملك لم يزل عنه . والثاني : أنه كما لو دبرته ثم باعته ثم ملكته ثم طلقها ، فيعود الوجهان السابقان في عود الملك بعد زواله . أصحهما : التمكن ، ومع هذا التمكن لو تركه وطلب نصف القيمة ، أُجيب إليها خوفاً من أن يقضي قاضٍ ببطالان الرجوع والبيع . ولو طلقها وهو مدبر ، وقلنا : حق الزوج في القيمة ، فرجعت عن التدبير باللفظ وجوزناه ، أو بإزالة الملك عنه ، ثم عاد إليها قبل أخذ القيمة ، ففي الرجوع إلى نصف العبد وجهان يجريان فيما لو طلقها والصدّاق ناقص ، ثم زال نقصه قبل أخذ القيمة ، وفيما إذا طلقها وملكها زائل عن الصدّاق ثم عاد قبل أخذ القيمة .

الثالث : لو علقت عتق العبد على صفة ، فهل يمنع الرجوع ؟ قيل : إن قلنا : التدبير يمنع ، فالتعليق أولى ، وإلا ، فوجهان لقوة التعليق . وقيل : إن لم يمنع

(١) كلمة الأول زيادة من نسخ الظاهرية .

التدبير ، فالتعليق أولى ، وإلا فوجهان ، لأن التدبير قرينة محضة ، والتعليق يراد به منع أو حث ، وبهذا قال الشيخ أبو محمد ، وبالأول قطع البغوي وقال : المذهب منع الرجوع . ولو أوصت للعبد بعتقه ، فهل هو كالتدبير في منع الرجوع ؟ وجهان . أصحها : لا .

الرابع : إذا جوزنا للزوج الرجوع في النصف ، فرجع ، بقي النصف الآخر مديراً على الصحيح . وحكى الحناطي وجهاً ، أنه ينتقض التدبير في جميعه .

الخامس : إذا قلنا : التدبير يمنع التشطر ، فهل يمنع رجوع البائع فيما لو باع عبداً بثوب وتقابضا ، ثم دبره المشتري ، ثم وجد البائع بالثوب عيباً ؟ وكذا هل يمنع رجوع الواهب ؟ فيه وجهان . أحدهما : نعم ، وأصحها : لا بل يرجع وينقض التدبير لقوة الفسخ ، ولهذا الزيادة المتصلة تمنع التشطر دون الفسخ .

المسألة الثالثة : سبق في « كتاب الحج » خلاف في أن المحرم هل يملك الصيد بالشراء والهبة ؟ وهل يزول ملكه إذا أحرم عن صيده ؟ وهل يملكه بالإرث ؟ فلو أصدقها صيداً ثم أحرم ، ثم ارتدت ، عاد الصيد إلى ملكه على الصحيح ، وفيه الوجه الضعيف المذكور في الارث ، لأنه لا اختيار له فيه . وإن طلقها قبل الدخول ، بني على أن النصف يعود إليه بنفس الطلاق أم باختياره ؟ إن قلنا : باختياره فليس له الاختيار ما دام محرماً ، فإن فعل ، كان كشرائه . وإن قلنا : بنفس الطلاق ، ففي عود النصف إليه في الإحرام وجهان . أحدهما : لا . وينتقل إلى القيمة ، لأن المحرم لا يملك الصيد باختياره ، والطلاق باختياره . وأصحها : العود ، لأن الطلاق لا ينشأ لاجتلاب الملك ، فأنشأه الارث ، ثم إذا عاد إليه الكل بالردة ، لزمه إرساله ، لأن المحرم ممنوع من إمساك الصيد ، كذا ذكر الشيخ أبو علي وغيره في هذه المسألة ، وهو وجه ذكرناه في « الحج » ، تفريعاً على أن المحرم يرث الصيد ،

وحكينا عن بعضهم ، أنه يزول ملكه بمجرد الإرث ، ولا فرق بين البابين . وإذا عاد النصف بالطلاق ، وقلنا : يجب الإرسال ولا يزول الملك ، فلا يمكن إرسال النصف إلا بإرسال الكل ، فخرج محرجون وجوب الإرسال على الأقوال في ازدحام حق الله تعالى وحق الآدمي . إن قدمنا حق الله تعالى ، لزمه الإرسال وغرم لها نصف القيمة ، وإن قدمنا حق الآدمي ، لم يجب الإرسال . فإن تلف في يده أو يدها ، فعليه نصف الجزاء . وإن سويتنا ، فالخيرة إلیها . فإن اختار الإرسال ، غرم لها النصف ، وإلا بقي مشتركاً بينهما وهو ضامن لنصف الجزاء ، وهذا التخريج ضعيف ، لأن الخلاف في الإزدحام على شيء واحد ، كالتركة إذا ازدحم فيها دين وزكاة ، ونصيب المرأة لا ازدحام فيه . وإذا تضمن إرسال المحرم فوات ملك غيره ، وجب أن يمنع ، وبهذا قطع الشيخ أبو علي ، وعلى التخريج ينبغي أن يخص وجوب الإرسال بالمومر كسراية العتق .

الطرف الرابع : فيما إذا وهبته الصداق ثم طلقها قبل الدخول ، ونصدّره بقاعدتين مستمدتين من قول الله تعالى : (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهنّ فريضةً ، فنصف ماقرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) [البقرة: ٢٣٧] . ومعنى الآية ، أن الطلاق قبل الدخول ينصف الصداق ، إلا أن تعفو الزوجة وتبرّع بحقها ، فيعود جميع الصداق إلى الزوج . وفيمن بيده عقدة النكاح ، قولان . القديم : أنه الولي ، والمعنى : إلا أن تعفو المرأة أو وليها إن لم تكن هي أهلاً للعفو . والجديد : أنه الزوج ، والمعنى : أن يعفو الزوج عن حقه فيخلص لها جميع الصداق .

القاعدة الأولى : في ألفاظ التبرع . فالواجب عند الطلاق قبل الدخول ، دين أو عين ، والدين قد يكون في ذمته ، وقد يكون في ذمتها بأن قبضته وتلف

عندها ، فينظر ، إن تبرع مستحق الدين باسقاطه ، نفذ بلفظ العفو والإبراء والإسقاط والتوك . وحكى الحناطي وجهين في أن لفظ التوك ، صريح أو كناية ؟ ولا حاجة في هذه الألفاظ إلى قبول من عليه على الصحيح ، وينفذ أيضاً بلفظ الهبة والتملك ، وفيها وجه حكاه ابن كج . والصحيح الأول . وهل يفتقر اللفظان إلى القبول ؟ وجهان . أصحها : لا ، وبه قطع البغوي اعتماداً على حقيقة التصرف وهو الإسقاط . أما إذا تبرع من في ذمته بالنصف الآخر ، فالطريق أن ينقل ^(١) ويملكه ويقبله صاحبه ويقبضه ، فانه ابتداء هبة ، ولا ينتظم لفظ العفو والإبراء من جهته . لكن لو كان الصداق في ذمة الزوج ، وقلنا : لا يشترط إلا باختياره ، فقال : عفوت ، سقط اختياره كعفوه عن الشفعة ، ويبقى جميع الصداق لها في ذمته . أما إذا كان الصداق عيناً ، فالتبرع فيها هبة . فان كانت في يد المتبرع ، اشترط الإيجاب والقبول والقبض . وإن كانت في يد الآخر ، فهو هبة لمن المال في يده ، فتعتبر مدة إمكان القبض . وفي افتقاره إلى إذن جديد ، في القبض بهذه الجهة خلاف سبق في « كتاب الرهن » . وإن كانت العين عند الطلاق في يد الزوج ، فذلك قد يكون بعد قبضها ، وقد يكون باستمرار يده السابقة قبل الإصداق . وعلى التقدير الثاني ، يزيد النظر في أن تبرعها كهبة المبيع للبائع قبل القبض اذا قلنا : الصداق في يده مضمون ضمان العقود ، ثم التبرع في العين ينفذ بلفظ الهبة والتملك ، ولا ينفذ بلفظ الإبراء والإسقاط على المذهب . وحكى الحناطي فيها ^(٢) وجهين . وينفذ بلفظ العفو على الأصح لظاهر القرآن ، هذا في تبرعها وتبرعه

(١) في الأصل : « أن ينفذه » وفي نسخة أخرى : أن ينفذه ، والصواب ما أثبتنا .

(٢) في الأصل : « فيها » وهو خطأ .

إذا ملكناه بنصف الطلاق ، فأما اذا قلنا : له خيار التملك ، فيعتبر لفظ العفو في اسقاط الخيار ويبقى الجميع لها .

القاعدة الثانية : هل للولي العفو عن صداقها ؟ قولان بناءً ^(١) على أن من هو الذي بيده عقدة النكاح ؟ الجديد : المنع ، والقديم : الجواز بخمسة شروط . أن يكون أباً أو جداً ، وأن تكون بكرأ عاقلة صغيرة ، وأن يكون بعد الطلاق ، وأن يكون قبل الدخول ، وأن يكون الصداق ديناً ، هذا هو المذهب تقريباً على القديم . وفي وجه : له العفو في الثيب والمجنونة والبالغة والمحجور عليها والرشيدة ، وقبل الطلاق اذا رآه مصلحة ، وعن العين أيضاً . والصحيح الأول . ولو زوجها الأب ومات ، ففي صحة عفو الجد وجهان ، لان الصداق لم يثبت به لكنه ولي . ولو خلعها الولي على نصف الصداق وجوزنا العفو ، صحت المخالعة ، قاله المتولي وغيره . وفي « الوسيط » في صحة الخلع مع صحة العفو وجهان . والأول أشبه .

فصل

وهبت لزوجها الصداق المعين ، فطلقها قبل الدخول ، فقولان . أحدهما وهو القديم وأحد قولي الجديد والراجح [عند البغوي] ^(٢) أنه لا يرجع عليها بشيء . والثاني : وهو الأظهر عند الجمهور ، منهم العراقيون ، والإمام ، والرويانى : يرجع بنصف بدله المثل [أ] ^(٣) والقيمة . وقيل : إن وهبت قبل القبض ، لم

(١) في الأصل : بنى .

(٢) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

(٣) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

يرجع قطعاً . والمذهب طرد القولين ، سواء قبضته أم لا . ولو كان الصداق ديناً فأبرأته منه ، لم يرجع على المذهب . ولو وهبت له الدين ، فالمذهب أنه كالإبراء . وقيل : كهبه العين . ولو قبضت منه الدين ثم وهبته له ، ثم طلقها ، فكهبه العين . وقيل : له الرجوع قطعاً بناء على أنه لا يتعين فيما دفع عن الدين لو طلقها وهو باقٍ عندها . ولو وهبت له الصداق ، ثم ارتدت قبل الدخول ، أو فسخ أحدهما بعيب ، ففي الرجوع بالجميع مثل الخلاف في النصف إذا طلق . ولو باع عبداً بـجارية ، وهب الجارية لبائعها ، ثم وجد بائعها بالعبد [عيأ] ^(١) فأراد رده بالعيب ، ففي تمكنه منه ومن المطالبة بقيمة الجارية وجهان مأخوذان من هبة الصداق ، ويجريان في تمكنه [من] ^(٢) طلب الأرض لو رأى عيأ بعد هلاك العبد ، أو حدث به عيب يمنع الرد . وفيما لو أبرأ المكاتب عن النجوم ^(٣) وعتق ، هل [له] ^(٤) مطالبة السيد بالائتاء ؟ ولو وهب المشتري المبيع للبائع ، ثم أفلس بالثمن ، فللبائع المضاربة مع الغرماء بخلاف ، لأن الموهوب غير المستحق وهو الثمن . وفي الصورة السابقة ، الموهوب هو المستحق ، فالهبة تعجيل على قول . وطرد الحناطي الخلاف في مسألة الفلّس . ولو ادعى عيأ وأخذها بينة ثم وهبها للمدعى عليه ، ثم رجع الشهود وقلنا بتغريم شهود المال ، فهل للمدعى عليه تغريم الشهود ؟ فيه طريقان . أحدهما : على وجهين أخذاً من هبة الصداق . والثاني :

(١) في الأصل : ردأ .

(٢) في الأصل : في .

(٣) النجوم : الحق المقسط على المكاتب .

(٤) زيادة من نسخ الظاهرية .

القطع بالمنع ، لأن المدعى عليه لا يقول بحصول الملك بالهبة ، بل يزعم دوام الملك السابق ، وفي الصداق زال الملك حقيقة وعاد بالهبة .

قلت : هذا الثاني هو الصحيح . والله أعلم

فرع

وهبت الصداق للزوج ، على أنه إن طلقها كان ذلك عن مستحقه بالطلاق ، فوجهان . أحدهما : فساد الهبة ويبقى الصداق ملكاً لها . فإن طلق ، تشطر . والثاني : يصح ولا رجوع بالطلاق ، كما لو عجل الزكاة ، وليكن الوجهان مبنيين على أن الهبة المطلقة هل تمتع الرجوع ؟ إن قلنا : تمتع ، فهذا تصريح بمقتضاها^(١) ، فيصح ولا رجوع ، وإلا فتنفسد بالشرط الفاسد .

فرع

وهبته نصف الصداق ، فطلق قبل الدخول . فإن قلنا : هبة الكل لا تمتع الرجوع ، فهنا أولى ، وإلى ماذا يرجع ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها^(٢) : إلى نصف الباقي وربع بدل الجملة . والثاني : إلى نصف الباقي . والثالث : يتخير ، إن شاء أخذ بدل نصف الجملة ، وإن شاء أخذ نصف الباقي وربع بدل الجملة . وإن قلنا :

(١) في الأصل : بمقتضاها .

(٢) في الأصل : أظهرهما .

هبة الكل تمنع الرجوع ، فهل يرجع بالنصف الباقي ، أم بنصف الباقي ، أم لا يرجع بشيء ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الثالث وهو نصه في « المختصر » ، فحصل في المسألة خمسة أقوال . [ولو كان الصداق ديناً وأبرأته من نصفه ثم طلقها ، قال المتولي : إن قلنا : لو أبرأت عن الجميع يرجع ، فهذا يسقط عنه النصف الباقي . و [أيضاً] ^(١) إن قلنا : لا يرجع بشيء ، فهذا وجهان . أحدهما : يحسب عليه . والثاني : يسقط عنه النصف الباقي . ولو أبرأ المشتري عن نصف الثمن ، ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً وأراد رده ، فعلمه كما ذكرنا في الإبراء عن نصف الصداق . ولو أبرأه عن عشر الثمن ، واطلع على عيب قديم ، وحدث عنده عيب ، وأرش العيب القديم العشر ، فالمذهب أنه يطالب بالأرش .

فصل

خالعها قبل الدخول على غير الصداق ، فله المسمى ولها نصف الصداق . وإن خالعها على جميع الصداق ، فقد خالع على ماله وماله ، لعود ^(٢) النصف إليه بالخلع ، فتقع البينونة وتبطل التسمية في نصيبه ، وفي نصيبها قولاً تفريق الصفقة . إن لم نصحح ، بقي لها عليه نصف الصداق . وفيها له عليها قولان . أظهرهما : مهر المثل . والثاني : مثل الصداق أو قيمته . وإن صححنا التسمية في نصيبها ، قال الإمام وغيره : يثبت للزوج الخيار إن كان جاهلاً بالتشطير والتفريق . فإن فسخ ، عاد القولان في أن الرجوع بمهر المثل أم بدل المسمى . وإن جاز ، فعلى القولين

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في الأصل : ثم يعود .

المذكورين في البيع ، أن يجبر ماصح العقد فيه بكل الثمن ، أم بالقسط إن قلنا : بالكل ، فلا شيء له سوى النصف الذي صح الخلع فيه . وإن قلنا : بالقسط ، رجع عليها بنصف مهر المثل على الأظهر ، وعلى الآخر : بمثل نصف الصداق أو قيمته . وإن خالها على نصف الصداق ، نظر ، إن قال : بالنصف الباقي لك بعد الفراق ، صح وبريء عن جميع الصداق إن كان ديناً ، ويعود إليه الملك في جميعه إن كان عيناً . وإن أطلق ، فقولان بناء على أن تصرف أحد الشريكين في النصف المطلق من العين المشتركة نصفين ، هل ينزل على النصف الذي له ، أم يشيع أحدهما ينزل على نصيبها ويكون كما لو قيد بنصفها ؟ وأظهرهما عند الأكثرين : يشيع لإطلاق^(١) اللفظ ، وكأنه خال على نصف نصيبها ونصف نصيبه ، فيبطل في نصف نصيبه ، وفي نصيبها القولان . إن لم يصح ، بقي لها عليه نصف الصداق ، وله عليها مهر المثل على الأظهر ، ومثل نصف الصداق أو قيمته في الآخر . وإن صح في نصف نصيبها ، فلها عليه ربع الصداق ويسقط الباقي بحكم القسط^(٢) وعوض الخلع ، ثم أحد القولين أنه لا يستحق لعوض الخلع إلا الربع الذي صح الخلع فيه . وأظهرهما : أن له مع ذلك نصف مهر المثل على الأظهر ، وربع مثل الصداق أو قيمته على قول . ومن الأصحاب من يقول : كل الصداق لها حتى يتفرقا ، فيصح أن نجعله^(٣) أو بعضه عوضاً ، ثم إذا تفرقا بالخلع ، سقط النصف ، فهو كما لو خالها على عين وتلف نصفها قبل القبض ، فيرجع بمهر المثل في قول ، وبذل التالف في قول .

(١) في الأصل : الاطراق .

(٢) في الأصل : القسط .

(٣) في الأصل : جعله .

فرع

عن ابن سريج ، قالت : خالعتني على أن لاتبعة لك علي" في المهر ، صح .
ومعناه : على ما سلم [لي] ^(١) من المهر .

الباب الخاص في المتعة

هي اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقتها إياها ، والفرقة ضربان .
فرقة تحصل بالموت ، فلا توجب متعة بالإجماع ، وفرقة تحصل في الحياة كالطلاق .
فإن كان قبل الدخول ، نظر ، وإن لم يشطر ^(٢) المهر ، فلها المتعة ، وإلا ، فلا على
المشهور . وإن كان بعد الدخول ، فلها المتعة على الجديد الأظهر . وكل فرقة
من الزوج لا بسبب فيها ، أو من أجنبي ، فكالطلاق ، مثل أن ارتد أو أسلم أو
لاعن ، أو أسلم على أكثر من أربع نسوة وفارق بعضهن ، أو وطئ أبوه أو
ابنه زوجته بشبهة ، أو أرضعت أمه أو بنته زوجته الصغيرة ، والخلع كالطلاق
على الصحيح . ولو فوض الطلاق إليها فطلقت ، فكتطليقه . ولو علق الطلاق
بفعلها ، ففعلت ، أو آلى منها ، ثم طلق بعد المدة بطلها ، فكالطلاق على الصحيح .
قلت : ويجيء هذا الوجه في تطليقها . والله أعلم

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في الأصل : يشطر ، وهو خطأ .

ولو ارتدا معاً ، فلا متعة على الأصح . وكل فرقة منها أو لسبب فيها ، لامتعة فيها ، كردتها وإسلامها ، وفسخها بإعساره ، أو عتقها ، أو تغديره ^(١) ، أو عيه ، أو فسخه بعيها . ونقل المزي إنبات المتعة إذا فسخت بالتعين ، فجعله بعضهم قولاً آخر ، وأنكره الجمهور . ولو كانت ذمة صغيرة تحت ذمي ، فأسلم أحد أبويها وانفسخ النكاح ، فلا متعة كما لو أسلمت بنفسها . ولو اشترى زوجته ، فلا متعة على الأظهر . وقال أبو إسحاق : إن استدعاه الزوج ، وجب ، وإن استدعاه السيد ، فلا .

فرع

يسوى في المتعة ، المسلم ، والذمي ، والحر ، والعبد ، والحررة ، والذمية ، وهي في كسب العبد ، ولسيد الامة كالمر .

فصل

المستحب أن يمتعها ثلاثين درهماً ، نص عليه في « المختصر » . وفي القديم : ثوباً قيمته ثلاثون درهماً . وفي نص آخر : يمتعها خادماً ، وإلا فبقنعة ، وإلا فبقدر ثلاثين درهماً ، وليس هو اختلافاً ، بل نزلها الأصحاب على درجات الاستحباب وقالوا : أقل المستحب ثلاثون درهماً . وفي نص آخر : يمتعها بخادم إن كان موسراً ، وبقنعة إن كان معسراً . وإن كان متوسطاً ، فبقدر ثلاثين درهماً . وأما الواجب ، فإن تواضيا بشيء ، فذاك . وحكى الخناطي وجهاً : أنه ينبغي أن يحلل كل منها

(١) في الأصل : بغيره ، وهو خطأ .

صاحبه . فإن لم يفعل ، لم يبرأ الزوج ، ولها رفع الأمر إلى القاضي ليقدرها .
والصحيح الاول . وإن تنازعا ، فهل يكفي أقل ما يتمول ، أم يقدره الحاكم
باجتهاده ؟ وجهان . الصحيح الثاني . وهل يعتبر بحاله ، أم بحالها ، أم بحالها ؟
فيه أوجه . أصحها : الثالث ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » . وهل يجوز أن
تزداد المتعة على نصف مهرها ، أم يشترط أن لا تزيد ، أم يشترط أن لا تبلغ نصفه ؟
فيه أوجه . أصحها : الأول ، لإطلاق الآية ، وبهذا قطع البغوي وغيره .

الباب السادس في النزاع في الصداق

وفيه مسائل .

الأولى : إذا اختلف^(١) الزوجان في قدر الصداق أو صفته ، كالصحة والتكسر ،
والأجل وقدره ، تحالفا كالبيع ، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده ، أو بعد
انقضاء الزوجية ، أو اختلف وارثاها أو أحدهما ووارث الآخر ، ويحلف الزوجان
على البت في النفي والإثبات ، ويحلف الوارث في الإثبات على البت ، وفي النفي
على نفي العلم على الصحيح الذي عليه الجمهور . وقيل : يحلف فيه على البت ، لأن
من قطع بأن النكاح جرى بخمسائة ، فهو قاطع بأنه ما جرى بألف . فإذا ثبت
جريانه بخمسائة ، فلا معنى لقوله : لا أعلمه نكح بألف . وكيفية اليمين ومن يبدأ
به ، كما سبق في البيع . فإذا تحالفا ، فسخ الصداق ورجعت إلى مهر المثل ، وقد
سبق في البيع وجه : أنه ينفسخ بنفس التحالف ، فليجىء هنا مثله ، وليكن

(١) في الأصل : اختلفنا .

القول فيمن يتولى الفسخ وفي الانفساخ باطناً على ما سبق في البيع . وقد صرح بجميع هذا الخناطي ، وسواء في الرجوع إلى مهر المثل ، زاد على ماتدعيه المرأة أم لا . وقال ابن خيران وابن الوكيل : إن كان مهر المثل زائداً فليس لها إلا ما ادعته ، والصحيح الاول . هذا في الظاهر ، أما في الباطن ، فإن قلنا : لا ينفسخ ، لم يخف ما يحل لها .

الثانية : ادعت مسمى ، فأنكر الزوج أصل التسمية ، فوجهان . أحدهما : القول قوله يمينه . وأصحها : يتحالفان لأنه يقول : الواجب مهر المثل ، وهي تدعي المسمى ، فحاصله الاختلاف في قدر المهر ، فيتحالفان . وإنما يحسن وضع المسألة إذا كان ماتدعيه أكثر من مهر المثل . ولو أنكرت تسمية مهر وادعاهما الزوج ، فهل القول قولها ، أم يتحالفان ؟ القياس بحيء الوجهين . ولو ادعى أحدهما التفويض ، والآخر التسمية ، فإن أوجبنا المهر في التفويض بالعقد ، فهو كما لو ادعى أحدهما السكوت ، والآخر التسمية ، وإلا فالأصل عدم التسمية من جانب ، وعدم التفويض من جانب . ولو ادعى أحدهما التفويض ، والآخر أنه لم يجز للمهر ذكر ، فيشبه أن يكون القول قول الثاني .

الثالثة : إذا حكمنا بالتحالف ، فحلف أحدهما ونكل الآخر ، حكمنا للتحالف . ومن أقام بينة ، حكمنا بها . ولو أقاما بينتين مختلفتين في قدر المهر ، فوجهان . أحدهما : يحكم ببينة المرأة لاشتغالها على الزيادة . والثاني : يتعارضان إذا قلنا بالتساقط ، فكأن لا بينة ، فيتحالفان . وإن قلنا بالقرعة ، فهل يحتاج من خرجت قرعته إلى اليمين ؟ وجهان .

الرابعة : ادعت النكاح ومهر المثل ، واعترف الزوج بالنكاح وأنكر المهر ، أو سكت عنه ولم يدع التفويض ولا إخلاء النكاح عن ذكر المهر ، حكمي

الغزالي فيه وجين . أحدهما وينسب إلى القاضي حسين : يثبت لها المهر إذا حلفت ، لأن الظاهر معها ، فإن النكاح يوجب مهر المثل إذا لم تكن تسمية صحيحة . وأصحها عند الغزالي : أنه لا يثبت مهر مثلها يمينها ، بل يتحالفان ، لأنه قد ينكحها بأقل ما يتبول ، وهذا الذي فرضه لا يكاد يتصور ، فإن التحالف أن يحلف كل واحد على إثبات ما يزعمه ، ونفي ما زعمه صاحبه . والمفروض^(١) من جهة الزوج ، إنكار مطلق ، فلا معنى للتحالف . ولم يذكر الروياني الخلاف هكذا ، بل قال : قال مشايخ طبرستان : القول قول الزوج وعليها البينة ، والحق أنه لا يسمع إنكاره لاعترافه بما يقتضي المهر ، ولكن يكلف البيان . فإن ذكر قدرأ وادعت زيادة ، تحالفا . وإن أصر على الإنكار ، ردت اليمين عليها وقضي لها بها . قال الروياني : ورأيت جماعة من المحققين بخراسان والعراق يفتون بهذا ، وهو القديم . ولو ادعت زوجية ومهراً مسمى يساوي مهر المثل ، وقال الزوج : لا أدري ، أو سكت ، قال الإمام : ظاهر ما ذكره القاضي ، أن القول قولها لما سبق أن النكاح اقتضى مهر المثل . قال : والذي يقتضيه قياس المذهب ، أن دعواها متوجهة بذلك القدر ، ولا يسمع منه التردد ، بل يحلف على نفي ماتدعيه . فإن نكل ، ردت اليمين عليها وقضي يمينها . ثم حكى عن القاضي على قياس الوجه المنسوب إليه ، أنه لو قال : هذا ابني من فلانة ، استحققت عليه مهر المثل إذا حلفت ، لأنه إقرار بالوطء ظاهراً ، لأن استدخال الماء بعيد والوطء المحرم [هو] الذي يحصل منه الولد النسب ظاهراً ، وهو يقتضي المهر . وقياس ظاهر المذهب ، أنه يؤمر بالبيان إذا أنكر ما ادعته . فإن أصر على الإنكار ، ردت اليمين عليها .

(١) في الأصل : والمفروض .

فرع

قال المتولي : لو مات الزوج وادعت على الوارث أن الزوج سمى لها ألفاً ، فقال الوارث : لا أعلم كم سمى ، لم يتحالفاً ، بل يحلف الوارث على نفي العلم . فإذا حلف ، قضى لها بمهر المثل .

قلت : هذا الذي ذكره المتولي ، حكاه الإمام عن القاضي حسين ، ثم قال : هو مشكل على قياس المذهب ، قال : والقياس أن يحكم بانقطاع الخصومة ، يحلف الوارث ، والقدر الثابت على قطع هو أقل ما يتمول ، والمختار بل الصواب قول المتولي والقاضي ، وقد نص عليه قبلها القفال شيخ طريقة خراسان ، وقد حكاه عنه الرافعي في الباب الثاني من « الدعوى والبيّنات » ، ولم يذكر فيه خلافاً ، ولم أر لأحد من الأصحاب خلافاً ، ودليله أن تعذر معرفة المسمى ، كعدمه من أصله ، ولهذا نوجب مهر المثل في التحالف وإن كان هناك مسمى زائد أو ناقص . والله أعلم

الخامسة : اختلف الزوج وولي الصغيرة أو المجنونة ، فقال الولي : زوجتكها بألفين ، فقال : بل بألف ، فوجهان . أصحابها عند الأصحاب : يتحالفان . والثاني : لا ، فعلى هذا توقف إلى بلوغها فيتحالفان ، ويجوز أن يحلف الزوج ، ويوقف بينها إلى بلوغها . وإذا قلنا : يحلف الولي ، فذلك إذا ادعى زيادة على مهر المثل والزوج معترف بمهر المثل . وأما إذا ادعى الزوج نكاحها بدون مهر المثل ، فلا تحالف ، لأنه يثبت مهر المثل وإن نقص الولي . ولو ذكر الزوج قدراً يزيد على مهر المثل ، وادعى الولي زيادة عليه ، لم يتحالفوا كيلاً يرجع الواجب إلى مهر المثل ، بل يأخذ الولي ما يقوله الزوج . ولو ادعى الولي مهر المثل أو

أكثر ، وذكر الزوج أكثر من ذلك ، فهل يتحالفان ، أم يؤخذ بما قاله الزوج ؟
وجهان حكاهما الخناطي ، وهذا الخلاف المذكور في اختلاف الزوج وولي الصغيرة ،
يجري في اختلاف المرأة وولي الزوج الصغير ، وفيما إذا اختلف وليا الزوجين
الصغيرين . ولو بلغت الصغيرة قبل التحالف ، حلفت هي ولا يحلف الولي .
وادعى البغوي الاتفاق عليه . ولو اختلف ولي البكر البالغة وزوجها ، فالصحيح
أنها هي التي تحلف . وقيل : يحلف الولي لأنه العاقد ، قاله القاضي أبو الطيب
وغيره . ومن قال بهذا ، لا يسلم في الصغيرة إذا بلغت أن اليمين عليها . والخلاف
في حلف الولي يجري في الوكيل في النكاح ، وفي وكيل البائع مع المشتري ،
وكيل المشتري مع البائع ، وفي وكيلها ، ومنهم من رتب وقال : إن لم يحلف
الولي ، فالوكيل أولى ، وإلا فوجهان لقوة الولاية .

فرع

إذا قلنا : يحلف الولي فنكل ، فهل يقضى يمين صاحبه ، أم يوقف حتى تبلغ
الصبية وتفتق المجنونة فلعلمها تحلف ؟ فيه وجهان نقلها الخناطي .

فرع

جميع ما ذكرنا في هذه المسألة ، هو فيما يتعلق بإنشاء الولي ، أما ما لا يتعلق
به ، بأن ادعى على رجل أنه أتلف مال الطفل ، فأنكر المدعى عليه ونكل ،
فهل يحلف اليمين المردودة إتماماً للخصومة واستخلاصاً لحق الصبي ، أم لا لأنه لا يتعلق
بإنشائه ؟ وجهان . أصحابها : الثاني . وعلى هذا لا يقضى بالنكول ، بل يتوقف
حتى يبلغ الصبي . وفي وجه : لا تعرض اليمين على المدعى عليه ، ويتوقف في أصل

الخصومة . وأفتى القفال فيما إذا ادعى الولي على رجل ديناً ورثه الصبي وأقام بينة به ، فقال الخصم : كنت قضيتُهُ ، أو أبرأني مورثه ، أنه لا يحلف الولي ، بل يحلف الصبي إذا بلغ على نفي العلم بذلك . ولو أقر القيم بما قاله الخصم ، انعزل وأقام القاضي غيره . ولو ادعى أن هذا القيم قبضه وأنكر ، حلف .

السادسة : ادعت على رجل أنه نكحها يوم الخميس بألف ، ونكحها يوم السبت بألف ، وطلبت الألفين ، سمعت دعواها لإمكان ثبوت الألفين بأن يطأها يوم الجمعة ، ويخلعها^(١) ثم ينكحها يوم السبت ، وإذا ثبت العقدان بالينة ، أو باقواره ، أو يمينها بعد نكوله ، لزمه الألفان ، ولا يحتاج إلى التعرض لتخلل الفرقة ، ولا لحصول الأصل ، لأن كل عقد منها ثبت مسماه والأصل بقاؤه . فان ادعى أن العقد الثاني كان إظهاراً للأول لا إنشاءً ، لم يقبل . وهل له تحليف المرأة على نفي ذلك ؟ وجهان حكاهما في « العدة » أصحها : له . فان ادعى على أنه لم يصحبها في النكاح الأول ، صدق يمينه ، ولا يطالب من المهر الأول إلا بالنصف ، وتكون معه بطلقتين . ولو ادعى في النكاح الثاني الطلاق قبل الإصابة ، صدق يمينه ، وقنع منه بنصف المهر الثاني أيضاً . ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه كذا يوم الخميس بألف ، ثم يوم الجمعة بألف ، وطالبه بالثمنين ، لزمه الثمنان^(٢) إذا ثبت العقدان كما في المهرين .

السابعة : رجل يملك أبوي حرة ، فنكحها على أحدهما معيناً^(٣) ، ثم اختلفا ، فقال :

(١) في نسخ الظاهرية : بأن يطأها يوم الجمعة ثم يخلعها .

(٢) في الأصل : الثمنان .

(٣) في الأصل : معيياً ، وهو تصحيف .

أصدقتك أباك فقالت : بل أمي ، فوجهان . أصحابها : يتحالفان . والثاني : يصدق الزوج يمينه في أنه لم يصدقها أمها ، وتحلف هي أنه لم يصدقها الأب ، ولها مهر مثلها ، ويعتق الأب باقرار الزوج أنه أصدقها الأب لتضمنه الإقرار ، لأنه عتق عليها ولا غرم على المرأة ، لأنها لم تقوت عليه شيئاً ، فصار كما لو قال لرجل : بعثك أباك فأنكر ، عتق عليه باقراره . إن قلنا بالتحالف فحلفا ، عتق الاب باقرار الزوج ، ولها مهر مثلها ، وليس عليها قيمة الاب ، وولاؤه موقوف ، لأن الزوج يقول : هو لها ، وهي تنكره . وإن حلفت دونه ، عتق الأبوان . أما الاب ، فباقراره ، وأما الأم ، فلأننا حكمنا بكونها صداقاً ، وليس عليها قيمة واحدة منها . وإن حلف دونها ، رقت الأم ، وعتق الأب ، وولاؤه موقوف . وإن لم يحلف واحد منها ، عتق الاب ، ولا تتمكن هي من طلب المهر ، لأن من ادعى شيئاً ونكل عن اليمين بعد الرد ، كان كمن لم يدع شيئاً . ولو قال الزوج : أصدقتك أباك ونصف أمك وقالت : بل أصدقني كليهما ، تحالفاً بخلاف ، لأن الاختلاف هنا في قدر الصداق . فاذا حلفا ، فلها مهر المثل وتعتق ، وعليها قيمته لاتفاقها أنه عتق عليها بحكم الصداق ، فلما تحالفا بطل الصداق ، ولا سبيل إلى رد العتق فوجب القيمة ، كما لو اشترى عبداً فأعتقه ، ثم اختلفا في الثمن وتحالفا . وأما الام ، فيعتق عليها نصفها . فان كانت موسرة ، عتق الباقي بالسراية وعليها قيمة مايعتق منها ، ويجيء التقاص .

ولو حلف الزوج دونها ، عتق الاب ونصف الام ، ولا سراية إن كانت معسرة ، ولا شيء لها ولا عليها ، لانا حكمنا يمينه أن الصداق هو الاب ونصف الام . ولو حلفت دونه ، حكم بكونها صداقاً وعتقاً ، ولا شيء عليها . ولو قالت . أصدقني الام ونصف الاب ، فقال : لا بل الاب ونصف الام ، تحالفا . فاذا حلفا ،

فلها مهر المثل ، ويعتق من الاب نصفه لاتفاقها ، ونصفه بأقرار الزوج وعليها قيمة ما اتفقا عليه . وأما الام ، فيعتق نصفها باتفاقها ، ويسري إلى الباقي إن كانت موسرة ، وعليها قيمة ما عتق منها .

الثامنة : اختلفا في أداء المهر ، فالقول قولها يمينها ، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده . فلو اتفقا على قبض مال ، فقال : دفعته صداقاً وقالت : بل هدية . فان اتفقا على أنه تلفظ واختلفا ، هل قال : خذي هذا صداقاً أم قال : هدية ؟ فالقول قوله يمينه . وإن اتفقا أنه لم يجز لفظ ، واختلفا فيما نوى ، فالقول قوله يمينه أيضاً . وقيل : بلا يمين ، وسواء كان المقبوض من جنس الصداق أم غيره ، طعاماً أم غيره . فاذا حلف الزوج ، فان كان المقبوض من جنس الصداق ، وقع عنه ، وإلا فان رضيا ببيعه بالصداق ، فذاك ، وإلا استرده وأدى الصداق . فان كان تالفاً ، فله البذل ^(١) عليها وقد يقع في التقاص .

[ولو] بعث إلى بيت من لادين له عليه شيئاً ثم قال : بعثته بعوض ، وأنكر المبعوث إليه ، فالقول قول المبعوث إليه .

التاسعة : ادعى دفع الصداق إلى ولي الصغيرة والمجنونة ، أو السفية ، سمعت دعواه . وإن ادعى دفعه إلى ولي البالغة الراشدة ، لم يسمع الدعوى عليها ، إلا أن يدعي إذنها ، وسواء البكر والثيب . وفي البكر وجه ، [و] ^(٢) الخلاف مبني على أن الولي ، هل يملك قبض مهر البكر الرشيدة ؟ والمذهب منعه . وفيه قول أو وجه . ومنهم من لم يثبت وقطع بالاول . وإذا قلنا بالمذهب ، فاستأذنها

(١) في الأصل : البذل ، وهو تصحيف .

(٢) زيادة من غطوطات الظاهرية .

فسكتت (١) ، لم يستفد بسكونها الاذن في القبض ، وقياس القول أو الوجه الضعيف ، أن يستفده وإن نهت عنه كتزويجها .

العاشرة : وقع الاختلاف في غير المنكوحة ، فهو اختلاف في عقدين ، القول في كل منها قول النافي . وإن قال : نكحت هاتين بألف ، فقالت إحداهما أو وليها : بل نكحت هذه فقط بألف ، فهذا اختلاف في قدر مهر المتفق على نكاحها . وأما الاخرى ، فالقول قول المنكر .

فصل

يتعلق بكتاب الصداق

أصدقها جارية ، ثم وطئ الجارية عالماً بالحال ، فإن كان بعد الدخول ، فعليه الحد ، ولا يقبل قوله : لم أعلم أنها ملكتها بالدخول ، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام . وإن كان قبل الدخول ، فلاحد . وعللوه بشيئين . أحدهما : لا يبعد أن يخفى مثل هذه الأحكام عن العوام . والثاني : اختلاف العلماء ، فإن مالكا رحمه الله تعالى قال : لا تملك قبل الدخول إلا نصف الصداق . فإن كان عالماً بأنها تملك جميع الصداق بالعقد ، فعلى التعليل الأول يحد . وعلى الثاني ، لا وحيث قلنا : يحد ، فأولدها ، فالولد رقيق ، وعليه المهر إن كانت مكرهة . وحيث قلنا : لا يحد ، فالولد نسيب حر ، وعليه قيمته يوم سقوطه .

(١) في الأصل : فسكت وهو خطأ .

فصل

خالع زوجته المدخول بها ، ثم نكحها في العدة ، وطلقها قبل الدخول في النكاح الثاني ، يتشطر المهر عندنا . وقال أبوحنيفة رحمه الله تعالى : يجب جميعه ، وبالله التوفيق .

باب الوليمة

هي عامة على ما قال الشافعي والأصحاب ورحمهم الله تعالى ، تقع على كل دعوة تتخذ بسرور حادث ، من نكاح أو ختان أو غيرها . لكن الأشهر استعمالها عند ^(١) الإطلاق في النكاح ، وتقيد في غيره ، فيقال : وليمة الختان وغيره ، ويقال لدعوة الختان : إغذار ، ولدعوة الولادة : عقيقة ، ولسلامة المرأة من الطلق : خرس . وقيل : الخرس لطعام الولادة ، ولقدوم المسافر : نقيعة ، وإلحداث البناء : وكيرة ، ولما يتخذ للمصيبة : وضيمة ، ولما يتخذ بلا سبب : مأذبة .

قلت : الإغذار بالعين المهمة ، وبإبدال المعجمة . والخرس ، بضم الخاء المعجمة ، وبالسین المهمة ، ويقال : بالصاد . المأذبة ، بضم الدال وفتحها . والوضيمة ، بكسر الضاد المعجمة . وقول الأصحاب : النقيعة لقدوم المسافر ، ليس فيه بيان من يتخذها أمه القادم أو المقدم عليهم ؟ وفيه خلاف لاهل اللغة . فنقل الأزهري عن الفراء ، أنه القادم . وقال صاحب « المحكم » : هو طعام يُصنع للقادم وهو الاظهر . والله أعلم

وفي وليمة العرس قولان ، أو وجهان . أحدهما : أنها واجبة ، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح : « أولم ولو بشاة » . وأصحها : أنها مستحبة كالأضحية وسائر الولائم ، والحديث على الاستحباب ، وقطع القفال بالاستحباب ، وأما سائر الولائم ، فمستحبة ، ليس بواجبة على المذهب وبه قطع الجمهور ، ولا يتأكد تأكد وليمة النكاح . قال المتولي : وخرج بعضهم في وجوب سائر الولائم قولاً ، لأن الشافعي ^(١) رحمه الله قال بعد ذكرها : ولا أرخص في تركها .

فرع

أقل الوليمة على ما ذكره ابن الصباغ وغيره ، للمتمكن شاة وإن لم يتمكن ، اقتصر على ما يقدر عليه .

فرع

وأما الإجابة إلى الدعوة ، ففي وليمة العرس تجب الإجابة إن أوجبنا الوليمة ، وكذا إن لم نوجبها على الظاهر . وقيل : على الأصح ، صحه العراقيون والروياي وغيرهم ، للأحاديث الصحيحة « من دعي إلى وليمة فليأتها » . والثاني : أنها مستحبة . وأما غير وليمة العرس ، فالمذهب أن الإجابة فيها مستحبة . وقيل : بطرد الخلاف في الوجوب . وإذا أوجبنا الإجابة ، فهي فرض عين على الأصح . وقيل : فرض كفاية . ثم إنما تجب الإجابة أو تستحب بشروط . منها : أن يعم عشيرته أو جيرانه ، أو أهل حرفته ، أغنياءهم وفقراءهم ، دون ما إذا خص الأغنياء . ومنها : أن يخصه بالدعوة بنفسه ، أو يبعث إليه شخصاً . فأما إذا فتح باب داره وقال : ليحضر من أراد ، أو بعث شخصاً : ليحضر من شاء ، أو قال لشخص : احضر وأحضر

(١) في الأصل : قولان للشافعي .

معك من شئت ، فقال لغيره : احضر ، فلا تجب الإجابة ولا تستحب . ومنها : أن لا يكون إحضاره لحوف منه ، أو طمع في جاهه ، أو ليعاونه على باطل ، بل تكون للتقرب ، أو التودد ؟ طريقان . أصحهما : الثاني . ولا يكون الاستحباب هو كالسلم أم لا تجب قطعاً ؟ طريقان . أصحهما : الثاني . ولا يكون الاستحباب في إجابته كالاستحباب في دعوة المسلم ، لانه قد يرغب عن طعامه لنجاسته وتصرفه الفاسد ، وتكره مخالطة الذمي وموادته . ومنها : أن يدعو في اليوم الاول . فلو أولم ثلاثة أيام ، فالإجابة في اليوم الثالث مكروهة ، وفي الثاني لا تجب قطعاً ، ولا يكون استحبابها كالاستحباب في اليوم الاول .

فرع

إذا اعتذر المدعو إلى صاحب الدعوة ، فرضي بتخلفه ، زال الوجوب وارتفعت كراهة التخلف .

فرع

دعاه جماعة ، أجاب الاسبق ، فإن جاءوا معاً ، أجاب الاقرب رحماً ، ثم الاقرب داراً كالصدقة . ومنها : أن لا يكون هناك من يتأذى بحضوره ، ولا يليق به مجالسته . فان كان ، فهو معذور في التخلف . وأشار في « الوسيط » إلى وجه فيه . ومنها : أن لا يكون هناك منكر كشرب الخمر والملاهي . فان كان ، نظر ، إن كان الشخص ممن إذا حضر رفع المنكر ، فليحضر إجابة للدعوة وإزالة المنكر ، وإلا فوجهان . أحدهما : الاولى أن لا يحضر ، ويجوز أن يحضر ولا يستمع وينكر بقلبه ، كما لو كان يضرب المنكر في جواره ، فلا يلزمه التحول وإن

بلغه الصوت ، وعلى هذا جرى العراقيون . والثاني وهو الصحيح : يحرم الحضور لانه كالرضى بالمنكر وإقراره .

قلت : الوجه الاول غلط ، ولا يثبت عن كل العراقيين ، وإنما قاله بعضهم وهو خطأ ، ولا يغتر بجلالة صاحب « التنبيه » ونحوه من ذكره . والله أعلم

فاذا قلنا بالثاني ، فلم يعلم حتى حضر ، نهام ، فان لم ينتهوا ، فليخرج . وفي جواز القعود وجهان .

قلت : أصحها : التحريم . والله أعلم

فان لم يمكنه الخروج ، بأن كان في الليل ويخاف من الخروج ، قعد كارهاً ولا يستمع . ولو كانوا يشربون النبيذ المختلف في إباحته ، لم ينكره ، لانه يجتهد فيه . فان كان حاضره ممن يعتقد تحريمه ، فكالمنكر المجمع على تحريمه . وقيل : لا .

فرع

ومن المنكرات ، فرش الحرير وصور الحيوانات على السقوف والجدران ، والنياب الملبوسة ، والستور المعلقة ، والوسائد الكبار المنصوبة ، ولا بأس بما على الارض ، والبساط الذي يداس ، والاتحاد التي يتكأ عليها ، وليكن في معناها الطبق والحوان ، والقصة . ولا بأس بصور الاشجار ، والشمس ، والقمر . وفي وجه : يكره صورة الشجر . ولو كانت صور الحيوانات مقطوعة الرؤوس ، فلا بأس به على الصحيح ، ومنعه المتولي . وهل دخول البيت الذي فيه الصور الممنوعة حرام

أم مكروه^(١) ؟ وجهان . وبالتحريم قال الشيخ أبو محمد ، وبالكراهة قال صاحب « التقريب » والصيدلاني ، ورجحه الإمام والغزالي في « الوسيط » . ولو كانت الصورة في المعر دون موضع الجلوس ، فلا بأس بالدخول والجلوس ، ولا يترك إجابة الدعوة بهذا السبب . وكذا لا بأس بدخول الحمام الذي على بابه صور ، كذا قاله الاصحاب .

فرع

يحرم على المصور التصوير على الحيطان والسقوف ، ولا يستحق أجره . وفي نسج الثياب المصورة وجهان ، جوزه أبو محمد لأنها قد لا تلبس ، ورجح المنع الإمام والغزالي تمسكاً بالحديث « لعن الله المصورين » .

قلت : الصحيح التحريم ، والحديث صحيح . والله أعلم

وطرد المتولي الوجهين في التصوير على الارض ونحوها ، وكأن من قال بالمنع . قال : ليس له أن يصور ، لكن إن اتفق يسامح به ولا يجب طمسه .

قلت : الصحيح تحريم التصوير على الارض وغيرها . والله أعلم

فصل

الصوم ليس عذراً في ترك إجابة الدعوة . فإذا حضر الصائم ، ان كان صوم

(١) في الأصل : مكروهة .

غرض مضيق الوقت ، حرم الفطر . وان كان موسعاً كالنذر المطلق وقضاء رمضان ، فان لم تجوز الخروج منه ، حرم الفطر ، والا [فقل] ^(١) هو كصوم النفل . وعن القاضي حسين كراهة الخروج منه ، لان ذمته مشغولة . وان كان صوم نفل ، فان لم يشق على صاحب الدعوة إمساكه ، استحب اتمام صومه ، وان شق عليه ، استحب الفطر . أما المفطر ، ففي أكله وجهان . أحدهما : يجب وأقله لقمة ، وأصحها : أنه مستحب .

فصل

دعاه من أكثر ماله حرام ، كرهت إجابته كما تكروه معاملته . فان علم أن عين الطعام حرام ، حرمت إجابته .

فصل

المرأة إذا دعت النساء ، كما ذكرنا في الرجال . فإن دعت رجلاً أو رجلاً ، وجبت الإجابة إذا لم يكن خلوة محرمة .

قلت : قال إبراهيم المروزي : لو دعت أجنبية وليس هناك محرم له ولا لها ، ولم يخل به ، بل جلست في بيت ، وبعثت الطعام مع خادم إليه إلى بيت آخر من دارها ، لم يجبه مخافة الفتنة . والله أعلم

(١) زيادة من إحدى نسخ الظاهرية .

فصل

في مسائل تتعلق بالضيافة

إحداها : للضيف أن يأكل إذا مُدِّم إليه الطعام من غير أن يأذن صاحب الطعام لفظاً ، إلا إذا كان ينتظر حضور غيره ، فلا يأكل حتى يحضر أو يأذن المضيف لفظاً . وفي « الوسيط » أنه لا بد من لفظ وهو شاذ ضعيف ، والصحيح الاكتفاء بقرينة التقديم ، وللقريظة أثر ظاهر في مثل هذا الباب ، وكذلك يجوز الشرب من الحباب الموضوعة على الطرق ، وكان السلف يأكلون من بيوت إخوانهم للانبساط وهم غيب . وقال المتولي : تقديم الطعام ، إنما يكفي إذا دعاه إلى بيته . فإن لم يسبق دعوة ، فلا بد من الإذن لفظاً ، إلا إذا جعلنا المعاطاة بيعاً ، وقرينة التقديم لا تختلف لسبق الدعوة وعدمه .

قلت : الصحيح بتقديم الطعام أنه يجوز الأكل بلا لفظ ، سواء دعاه أم لا ، بشرط أن لا يكون منتظراً غيره كما سبق . وأما الأكل من بيت الصديق وبستانه ونحوهما في حال غيبته ، فجائز بشرط أن يعلم من حاله أنه لا يكره ذلك منه .
والله أعلم

الثانية : هل يملك الضيف ما يأكله ؟ وجهان . قال القفال : لا بل هو إتلاف يأذن المالك ، وللمالك أن يرجع ما لم يأكل . وقال الجمهور : نعم . وبم يملك ؟ فيه أوجه . قيل : بالوضع بين يديه ، وقيل : بالأخذ ، وقيل : بوضعه

في الفم ، وقيل : بالازدراء ^(١) يتبين حصول الملك قبيله . وضعف المتولي ماسوى الوجه الأخير . وعلى الأوجه ينبغي التمكن من الرجوع .

قلت : قال صاحب « البيان » : إذا قلنا : يملكه بالأخذ أو بالوضع في الفم ، فهل للأخذ إباحته لغيره والتصرف فيه بغير ذلك ؟ وجهان . الصحيح [وقول الجمهور] ^(٢) لا يجوز كما لا يعير المستعار . وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب : يجوز أن يفعل ما يشاء من البيع والهبة وغيرهما ، لأنه ملكه . قال ابن الصباغ : هذا لا يجيء على أصلها . والله أعلم

الثالثة : ليس للمضيف التصرف في الطعام بما سوى الأكل ، فلا يجوز أن يحمل معه منه شيئاً ، إلا إذا أخذ ما يعلم رضى المالك به ، ويختلف ذلك بقدر المأخوذ وجنسه ، وبحال المضيف والدعوة . فإن شك في وقوعه في محل المساحة ، فالصحيح التحريم ، وليس للمضيف إطعام السائل والهرة ، ويجوز أن يلقم الأضياف ^(٣) بعضهم بعضاً ، إلا إذا فارت بينهم في الطعام ، فليس لمن خصّ بنوع أن يطعموا منه غيرهم ، ويكره للمضيف أن يفعل ذلك .

الرابعة : يحرم التطفل ، واستثنى المتولي وغيره فقالوا : إذا كان في الدار ضيافة ، جاز لمن بينه وبين صاحب الطعام انبساط أن يدخل ويأكل إذا علم أنه لا يشق عليه .

(١) في الأصل : بالازدراء إذ .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

(٣) في الأصل : الأصناف .

فصل في آداب الأكل

منها : أن يقول أولاً : باسم الله ، فإن نسي قال إذا تذكر : بسم الله أوله وآخره ، وأن يغسل يديه قبل الأكل وبعده ، وأن يأكل بأصابه الثلاث ، وأن يدعو لصاحب الطعام إن كان ضيفاً ، ويقول : « أكل طعامكم الأبرار ، وأفطر عندكم الصائون . وصلت عليكم الملائكة » . ويكره أن يأكل متكئاً ، وأن يأكل بما يلي آكله ، وأن يأكل من وسط القصة وأعلى الثريد ونحوه ، ولا بأس بذلك في الفواكه ، ويكره أن يعيب الطعام ، وأن يقرن بين تمرتين ونحوهما ، وأن يأكل بشماله ، وأن يتنفس في الإناء ، وأن ينفخ فيه . ولا يكره الشرب قائماً ، وحملوا النهي الوارد على حالة السير .

قلت : هذا الذي قاله من تأويل النهي على حالة السير ، قد قاله ابن قتيبة والمتولي ، وقد تأوله آخرون بخلاف هذا . واختار أن الشرب قائماً بلا عذر خلاف الأولى ، للأحاديث الصريحة بالنهي عنه في « صحيح مسلم » .

وأما الحديثان الصحيحان عن علي وابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ شرب قائماً ، فمحمولان على بيان الجواز جمعاً بين الأحاديث . وقد اعترض على أحاديث النهي بأشياء باطلة ، أوضحت جوابها في شرح « صحيح مسلم » . ويكره الشرب من غم القربة . ومن آداب الأكل : حمد الله تعالى في آخره . وكذلك في آخر الشرب فيقول : « الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه غير مكفي ولا مكفور ولا مودع ، ولا مستغنى عنه ربنا » . ثبت ذلك في « صحيح البخاري » عن النبي ﷺ أنه كان يقوله ، وقد جاءت في هذا أذكر كثيرة في الصحيح وغيره ، وقد جمعت

مقاصدها في كتاب « أذكار الطعام » من كتاب « الأذكار » ، وشرحت فيه هذه الألفاظ أحسن شرح وأجزه ، مع جل مما يتعلق بالأطعمة . وقوله : ربنا ، يجوز بالرفع على الابتداء ، وبالنصب على الاختصاص أو النداء ، وبالجزم على البدل من قوله : الحمد لله . وإذا أكل جماعة ، فمن الأدب أن يتحدثوا على طعامهم بما لا إثم فيه ، ويكره أن يتمخط ويبصق في حال أكلهم إلا لضرورة ، ويكره أن يقرب فمه من القصعة بحيث يرجع من فمه إليها شيء . ويستحب أن يلحق القصعة ، وأن يلحق أصابعه ، وأن يأكل اللقمة الساقطة ما لم تتنجس ويتعذر تطهيرها ، للأحاديث الصحيحة في ذلك . والأولى أن لا يأكل الشخص وحده ، وأن لا يرتفع عن مؤاكلة الغلام والصبيان والزوجة ، وأن لا يتميز على جلسائه بنوع إلا حاجة ، كدواء ، ونحوه ، وأن يمد الأكل مع رفقته مادام يظن لهم حاجة إلى الأكل ، وأن يؤثرهم بفاخر الطعام ، كقطعة لحم وخبز لين ، أو طيب ونحو ذلك ، وقد سبق استحباب التسمية في أول الطعام ، وهي مستحبة لكل آكل ، حتى الحائض والنفساء . وينبغي أن يجهر بها جهراً يسمعه رفقته سماعاً محققاً ، ليقدر به فيها ، وليتنبه غيره لها ^(١) ويستحب لكل واحد من الجماعة ، أن يسمي . فإن سمي واحد من الجمع ، أجزأ عن الباقي ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، وقد ذكرته في « كتاب الأذكار » وفي « طبقات الفقهاء » في ترجمة الشافعي ، وهو شبه برد السلام ، وتشميت العاطس ، فإنه يكفي قول أحد الجماعة . ومن ترك التسمية عامداً أو مكرهاً ، أو لعارض آخر ، ثم تمكن في أثناء أكله ، سمي ، كما لو نسيها ، وسبق مثله في الوضوء ، والتسمية في المشروب كالمأكل . ولا بأس

(١) في الأصل : فيها .

بقوله : لا أشتهي هذا الطعام ، أو ما اعتدت أكله ، لحديث الضب . ويستحب لمن حضر وهو صائم ولم يأكل ، أن يدعو لأهل الطعام ، ويستحب الترحيب بالضيف وحمد الله تعالى على حصوله ضيفاً عنده ، وسروره به ، وثناؤه عليه لجعله أهلاً لتضييفه . ففي « الصحيحين » ، أن رسول الله ﷺ قال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فليكرم ضيفه » . والله أعلم

فصل

يجوز نثر الجوز واللوز والتمر والسكر ونحوها في الإملاكات . وهل يكره أم يستحب ، أم لا يستحب ولا يكره ، بل تركه أولى ؟ فيه أوجه . أحدها الثالث . والتقاط النثر جائز ، لكن الأولى تركه ، إلا إذا عرف أن النثر لا يؤثر بعضهم على بعض ، ولم يقدح الالتقاط في مروءته ، ثم من التقط لم يؤخذ منه . وهل يملكه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأنه لم يوجد لفظ تمليك لمعين ^(١) والثاني : يملك اعتباراً بالعادة ، والأئمة إلى هذا الوجه أميل ، وهو مقتضى إطلاق أكثرهم . فعلى الأول ، للنثر الاسترجاع . قال ابن كعب : له الاسترجاع ما لم يخرج الملتقط من الدار ، وعليه الغرم إن أتلفه . وإن قلنا : يملك فهل يخرج عن ملك النثر بالنثر ، أم بأخذ الملتقط ، أم بإتلافه ؟ فيه أوجه .

: الأصح أنه يملك بالأخذ كسائر المباحات . والله أعلم

(١) في الأصل : المعين .

ومن وقع في حجره شيء من النار ، فإن بسطه لذلك ، لم يؤخذ منه . فان سقط منه بنفس الوقوع ، لم يبطل حقه على الأصح ، فيمنع غيره من أخذه . وإن لم يبسطه له ، لم يملكه ، لعدم القصد والفعل . فان نقضه ، فهو كما لو وقع على الأرض أولاً ، وإلا فهو أولى به من غيره ، وليس لغيره أن يأخذه . فلو أخذه غيره ، ففي ملكه وجهان جاريان ، فيما لو عشب طائر في ملكه فأخذ فرخه غيره . وفيما إذا دخل السمك مع الماء حوضه ، وفيما إذا وقع الثلج في ملكه فأخذه غيره ، وفيما إذا أحيا ما يحجره غيره . لكن الأصح أن المحيي يملك . وفي هذه الصور ميلهم إلى المنع أكثر ، لان المتحجر غير مالك فليس الإحياء تصرفاً في ملك غيره ، بخلاف هذه الصورة ^(١) ولو سقط من حجره قبل أن يقصد أخذه ، أو قام فسقط ، بطل اختصاصه ، كما لو طار الفرخ ، فانه يجوز لغير صاحب الأرض أخذه بخلاف . ثم اختصاص من وقع في حجره مخصوص بمن هو ممن يأخذه . أما من يعلم أنه لا يأخذه ولا يرغب فيه ، فلا اختصاص له به ، ويجوز لغيره أخذه من حجره ، ذكره البغوي وغيره . ويكره أخذ النار من الهواء بالملاءة والازر المربوطة برووس الحشب . فان أخذ كذلك ، استحقه ونثر الدرام والدنانير ، كثر السكر ذكره المسعودي .

قلت : ولو التقط النار صبي ملكه ، ولو التقطه عبد ملكه سيده ، ذكره إبراهيم المروزي ، والختان في هذا كمالك . والله أعلم

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : الصور .

كتاب عشرة النساء

والقسم والشقاق

فيه بابان .

الأول : في عشرتهن والقسم .

النكاح مناط حقوق الزوج على الزوجة ، كالطاعة وملازمة المسكن وحقوقها عليه ، كالهرم والنفقة ، والكسوة ، والمعاشرة بالمعروف . قال الله تعالى : (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) [البقرة : ٢٢٨] والمراد تماثلها في وجوب الآداب . وقال تعالى : (وعاشروهن بالمعروف) [النساء : ١٨] قال الشافعي رحمه الله : جماع المعروف بين الزوجين ، الكف عن المكروه ، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه من غير إظهار كراهته في تأديته . فأيهما مطل بتأخيرته ، فمطل الغني ظلم ، قال الأصحاب : أراد بالكف عن المكروه ، الامتناع عما يكرهه صاحبه ، وإيعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه أن لا يحوجه في أداء الحق إلى كلفة ومؤنة . وبقوله من غير إظهار كراهة ، أن يؤدي الحق راضياً طلق الوجه . ومن المعاشرة بالمعروف : القسم . وفائدته : العدل والتحرز عن الإيذاء والإيحاء بتوجيه البعض ، وقد يعرض ما يقتضي التفضيل . ويتضمن الباب خمسة أطراف .

الأول : في استحقاق القسم . من له زوجة واحدة ، ينبغي أن لا يعطلها ، فيستحب أن يبيت عندها ويحضرها ، وأدنى الدرجات أن [لا] ^(١) يجلي أربع ليال عن

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

ليلة ، ولا يجب عليه المبيت بجال ، لأنه حقه فله تركه . ولو كان له مستولدات أو إماء ، فلا قسم لمن (١) ، ويستحب أن لا يعظلهن ، وأن يسوي بينهن . ولو كان معهن نساء ، فلا قسم بينهن وبين النساء . حتى لو بات عند المنكوحات أو عند الإماء ، فلا قسم للأخريات . وإذا كانت تحت زوجها فأكثر ، فالإعراض عن جملتهن كالإعراض عن الواحدة المنفردة . وحكى القاضي أبو حامد وجهاً أنه يلزمه القسم بينهن ، ويجرم إعراضه عنهن ، ويمكن أن يجيء مثله في الواحدة . ولو بات عند بعضهن ، لزمه مثله للباقيات . وإذا سوى بينهن في الظاهر ، لم يؤاخذ بزيادة ميل قلبه إلى بعضهن ، ولا تجب التسوية في الجماع ، لكن يستحب التسوية فيه وفي سائر الاستمتاع . ولو قسم بينهن مدة وسوى ثم أعرض عنهن ، جاز كالأبتداء .

فصل

فيمن تستحق القسم

فيه مسائل .

إحداها : تستحقه المريضة ، والرتقاء ، والقرناء ، والخنساء ، والنساء ، والمحرمات ، والمؤلى منها ، والمظاهر منها ، والمراهقة ، والمجنونة التي لا يخاف منها ، لأن المراد الأنس . قال المتولي : والمعتدة عن وطء شبهة لا قسم لها ، لأنه يجرم الخلوة بها .

(١) في نسخ الظاهرية : فلا قسم بينهن .

الثانية : إذا نشزت عن زوجها ، بأن خرجت من مسكنه ، أو أراد الدخول عليها فأغلقت الباب ومنعته ، أو ادعت عليه الطلاق ، أو منعت التمكين ، فلا قسم لها كما لانفقة . وإذا عادت إلى الطاعة ، لم تستحق القضاء ، وامتناع المجنونة كامتناع العاقلة ، لكن لاتأثم .

الثالثة : إن لم ينفرد بمسكن وطاف عليهن في مساكنهن ، فذاك ، وإن انفرد ، فيتخير بين المضي إليهن ودعائهن إلى مسكنه في نوبتهن ^(١) والأول ^(٢) أولى اقتداءً برسول الله ﷺ . فإن دعاهن ، لزمهن الإجابة . ومن امتنعت ، فهي ناشزة . وهل له أن يدعو بعضهن إلى مسكنه ويمضي إلى مسكن بعضهن ؟ وجهان . وقال الحناطي : قولان . أصحها : المنع ، وبه قطع البغوي والسرخسي وغيرهما . فإن أقروا بينهن ليدعو ^(٣) من خرجت قرعتها إلى منزله ، فينبغي القطع بالجواز ، كالمسافرة ببعضهن بالقرعة . ثم الوجهان ، إذا لم يكن التخصيص بعذر ، فإن كان بأن كان مسكن إحداهما قريباً إليه ، فمضى إليها ودعا الأخرى لتخف عنه مؤنة السير ، لزمها الإجابة ، وكذا لو كان تحته عجوز وشابة ، فحضر بيت الشابة لكراهة خروجها ودعا العجوز ، فلزمها الإجابة ، فإن أبت ، بطل حقها . وإذا كان يدعوهم إلى منزله ، فمنع بعضهن شغلها ، بطل حقها . وإن منعها من الإجابة مرض ، قال ابن كج : عليه أن يبعث إليها من يحملها إليه . ولو أقام عنده واحدة منهم ، ودعا الباقيات إلى بيتها ، لم تلزمهن الإجابة لما فيه من المشقة .

(١) في نسخ الظاهرية : نوبتهن .

(٢) في الأصل : والأول .

(٣) في الأصل : ليدع .

الرابعة : إن سافرت معه ، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى . وإن سافرت وحدها من غير إذنه ، فهي ناشزة . وإن أذن ، نظر ، إن كان السفر لغرضه ، بقي حقها فيقضيه من حق الباقيات . وإن كان لغرضها كحج وتجارة ، سقط حقها على الجديد ، فلا قضاء لها . وقيل بالسقوط قطعاً ، وفائدة الإذن دفع الإثم .

فصل

فيمن يستحق عليه القسم

هو كل زوج عاقل ، وإن كان مراهماً أو سفيهاً . فان جاز المراهق ، فالإثم على وليه ، وإن جاز السفيه ، فعلى نفسه ، [و] أما المجنون ، فان كان لا يؤمن منه ضرر ، فلا قسم ، وإن أمن ، فان كان قسم لبعضهن ثم جن ، فعلى الولي أن يطوف به على الباقيات قضاءً لحقوقهن ، كقضاء الديون . قال المتولي : وذلك إذا طلبن . فان أردن التأخير إلى إفاقة لثم المؤانسة ، فلهن ذلك . وإن لم يكن عليه شيء من القسم ، فان رأى منه ميلاً إلى النساء ، وقال أهل الخبرة : ينفعه غشيانهن ، لزم الولي أن يطوف به عليهن ، أو يدعوهن إلى منزله ، أو يطوف به على بعضهن ، ويدعو بعضهن كما يرى . وإن لم ير منه ميلاً ، فليس عليه الطواف به . وحكى الفوراني وجهاً ، أن حق القسم يبطل بالجنون ، ولا يطالب الولي برعايته بحال ، ولا يجزي الوجه فيما إذا قيل : ينفعه الغشيان . ولو ^(١) قيل : يضره ، لزمه منعه عنهن . أما من به جنون منقطع ، فان ضبط ، كيوم ويوم ، جعلت أيام الجنون

(١) في الأصل : أو .

كالغَيْبَةِ ، ويقسم في إفاقة . ولو أقام في الجنون عند واحدة ، فلا قضاء ولا اعتداد به ، كذا قاله البغوي وغيره ، وفيه إشعار بأنه لا يقسم أيام جنونه . وحكي أبو الفرج وجهاً ، أنه إذا أقام في الجنون عند واحدة ، قضى للباقيات . وقال المتولي : يراعي القسم في أيام الافاقة ، ويراعيه الولي في الجنون ، ولكل واحدة نوبة من هذا ، ونوبة من هذا ، وهذا حسن . وإن لم تنضب الإفاقة ، وقسم الولي لواحدة في الجنون ، وأفاق في نوبة الأخرى ، قال الغزالي : يقضي ماجرى في الجنون لثقله .

الطرف الثاني : في مكان القسم وزمانه ، فيه مسائل .

إحداها : يحرم عليه أن يجمع بين زوجتين ، أو زوجات في مسكن ولو ليلة واحدة إلا برضاهن . والمراد بالمسكن : ما يليق بامرأة من دار وحجرة بيت مفرد . فاللواتي تليق بكل واحدة منهن بيت أو دار أو حجرة ، لا يجمع بينهن في دار واحدة ولا حجرة واحدة ، لكن لو كان في الدار حجر مفردة المرافق ، فله أن يسكنهن فيها . وكذا لو أسكن واحدة في العلو والأخرى في السفلى والمرافق متميزة ، واللواتي يليق بهن البيوت المفردة له أن يسكن كل واحدة منهن بيتاً من خان واحد ، أو دار واحدة ، ولا يجمع بينهن في بيت ^(١) إلا بالرضى . وإذا جمعها في مسكن بالرضى ، كره وطء أحدهما بحضرة الأخرى . ولو طلب ، لم تلزمها الإجابة ، ولا تصير بالامتناع ناشزة .

الثانية : عماد القسم الليل والنهار تابع ، وله أن يرتب القسم على الليلة واليوم الذي قبلها ، أو اليوم الذي بعدها ، هذا حكم عامة الناس . وأما من يعمل ليلاً ويسكن نهاراً ، كالأثوثي والحارس ، فعماده قسمه النهار ، والليل تابع ، وعماده قسم المسافر وقت نزوله ليلاً كان أو نهاراً قليلاً أم كثيراً .

(١) في الأصل : في بيوت .

الثالثة : مَنْ عماد قسمه الليل ، يحرم عليه أن يدخل في نوبة واحدة على الأخرى ليلاً وإن كان حاجة كعبادة وغيرها . وقيل : يجوز للحاجة ، وهو ضعيف ، ويجوز الدخول للضرورة بخلاف . قال في « الشامل » : هي مثل أن تموت أو يكون منزولاً بها . وقال الشيخ أبو حامد وغيره : هي كالمرض الشديد . قال الغزالي : هي كالمرض الخوف . قال : وكذا المرض الذي يحتمل كونه مخوفاً ، فيدخل لتبين الحال . وفي وجه : لا يدخل حتى يتحقق أنه مخوف . ثم إذا دخل على الضرة لضرورة ، أو مكث ساعة طويلة ، قضى لصاحبة النوبة مثل ذلك في نوبة المدخول عليها ، وإن لم تكن ^(١) إلا لحظة يسيرة ، فلا قضاء . ولو تعدى بالدخول ، إن طال الزمان ، قضى ، وإلا ، فلا ، لكن يعصي . وعن القاضي حسين تقدير القدر المقتضي بثلاث الليل . والصحيح أن لا يقدر ^(٢) . هذا إذا لم يجمع المدخول عليها ، فإن جامعها ، عصى . وفي القضاء أوجه . أحدها : أنه أفسد الليلة ، فلا تحسب على صاحبة النوبة . والثاني : يقضي الجماع في نوبة التي جامعها . وأصحها : يقضي من نوبتها مثل تلك المدة ، ولا يكلف الجماع . فإن فرض الجماع في لحظة يسيرة ، فلا قضاء على هذا الوجه ، ويبقى الوجهان الأولان .

فرع

وأما النهار ، فلا تجب التسوية فيه بين النسوة في قدر إقامته في البيت ، ولكن ينبغي أن تكون إقامته في بيت صاحبة النوبة إن أقام ، ولا يدخل على

(١) في نسخ الظاهرية : وإن لم يكث .

(٢) في نسخ الظاهرية : أن لا تقدير .

غيرها إلا الحاجة ، كعيادة ، وتعرف خبر ، وتسليم نفقة ، ووضع متاع واحدة ،
وينبغي أن لا يطيل المقام ، ولا يعتاد الدخول على واحدة في نوبة الأخريات ،
ولا في نوبة واحدة الدخول على غيرها . وإذا دخل على واحدة بغير حاجة ، ففي
« التجريد » للمحامي : أنه يجب القضاء ، وحكاه عن نصه في « الإملة » . وإن
دخل حاجة ، فلا قضاء . هذا هو الصحيح المعروف ، وحكى الغزالي وجهين آخرين .
أحدهما : أن النهار كالليل ، ومقتضى هذا الإطلاق ، أن لا يدخل إلا لضرورة ،
وأنه يقضي إذا دخل متعدياً . وحكى ابن كج أن أبا إسحاق حكى في وجوب
القضاء قولاً . والثاني : لاحتجر بالنهار . ومقتضى هذا أن يدخل ويخرج كيف شاء
بلا قضاء ، ولا يجوز في دخول الحاجة أن يجامع . وفي سائر الاستماعات وجهان .
أصحها : الجواز . وفي كتاب ابن كج وجه أنه يجوز الجماع وهو شاذ .

فرع

من عماد قسمه النهار ، فليله كنهار غيره ، ونهاره كليل غيره في جميع ما ذكرنا .

فرع

نقل البغوى وغيره ، أنها إذا مرضت ، أو طرأ بها الطلق ، فإن كان لها
متعهد ، لم يبت ^(١) عندها إلا في نوبتها ، ويراعي القسم . وإن لم يكن متعهد ،
بات عندها ليالي بحسب الحاجة ويقضي للباقيات ^(٢) إن برأت . وإن ماتت ، تعذر

(١) في الأصل : يثبت .

(٢) في الأصل : يقضي الباقيات

القضاء . وفي القضاء لا يبيت عند كل واحدة من الأخريات جميع تلك الليالي
ولاء ، بل [لا]^(١) يزيد على ثلاث ليال ، وهكذا يدور حتى يتم القضاء . ولو مرضت
ثنتان ولا متعهد ، فقد يقال : يقسم الليالي عليها ، وبسوي بينهما في التمرض ،
ويمكن أن يقال : يقرع بينهما كما يسافر بها بالقرعة .

قلت : القسم أرجح . والله أعلم

فرع

كان يعمل تارة بالليل ، ويستريح بالنهار ، وتارة عكسه ، فهل يجوز أن
يبدل الليل بالنهار ، بأن يكون لواحدة ليلة تابعة ونهار متبوع ، وللأخرى ليلة
متبوعة ونهار تابع ؟ وجهان حكاهما الحناطي .

قلت : الأصح المنع لتفاوت الغرض . والله أعلم

الرابعة : أقل نوب القسم ، ليلة ليلة ، ولا يجوز ببعض^(٢) الليلة . وحكى
ابن كج وجهاً ، أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة بعضاً من ليلة . وحكى الإمام
وجهاً أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة ليلة ونصفاً ، ولا يجوز لكل واحدة بعض
ليلة . والصحيح المنع مطلقاً . والأفضل أن لا يزيد على ليلة اقتداء برسول الله
ﷺ ، وليقرب عهده بهن كلهن . ولو قسم ليلتين ليلتين ، أو ثلاثاً ثلاثاً ، جاز ،
نص عليه . وفي وجهه عن أبي إسحاق : لا تجوز الزيادة على ليلة إلا برضاهن .

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في نسخة الظاهرية : تبعيض .

والصحيح الأول . ولا تجوز الزيادة على ثلاثة إلا برضا عن المذهب . وقيل : قولان أو وجهان . فإن جوزنا الزيادة ، فوجهان . أحدهما عن صاحب « التقريب » : لا تجوز الزيادة على سبعة . والثاني عن الشيخ أبي محمد وغيره : تجوز الزيادة ما لم تبلغ أربعة أشهر مدة تربص المؤلي .

الخامسة : إذا أراد الابتداء بالقسم ، فوجهان . أحدهما : يبدأ بمن شاء . والصحيح يلزمه القرعة ، فيبدأ بالقارعة . فإذا مضت نوبتها ، أقرع بين الباقيات . ثم بين الآخريتين ، فإذا تمت النوب ، راعى الترتيب ، ولا حاجة إلى إعادة القرعة . ولو بدأ بلاقرة ، فقد ظلم ، ويقرع بين الثلاث . فإذا تمت النوب ، أقرع للابتداء .

الطرف الثالث : في التساوي وبيان محل التفاضل .

القسم المشروع للعدل ، فيحرم التفضيل وإن ترجحت إحداها بشرف وغيره ، فتجب التسوية بين المسلمة والكتابية ، ولا يجوز التفضيل إلا بشيئين . أحدهما : الحرية ، فللحرة ضعف ما للأمة ، فدورها أثلاث . فلو طرأ عتق الأمة ، فإما أن يكون الابتداء بالحرّة ، وإما بالأمة .

الحالة الأولى : بالحرّة . فإما أن تعتق في نوبة الحرّة ، وإما في نوبتها .

القسم الأول : في نوبة الحرّة ، وهو ضربان .

أحدهما : أن يعتق في القدر المشترك بين الحرّة والأمة ، بأن عتقت في الليلة الأولى من ليلتي الحرّة ، فيتم الليلة ويبيت الليلة الأخرى عند العتيقة ليسوي بينهما .

الضرب الثاني : عتقت في الليلة الثانية ، فلا يلزمه الخروج ، بل له أن يبيت عند الحرّة بقية الليل ، لكن يبيت بعد ذلك عند العتيقة ليلتين . فلو خرج في الحال ، وكان بقية الليلة في مسجد أو بيت صديق ، لم يلزمه قضاء ما مضى من تلك الليلة . وإن خرج بقية الليلة إلى العتيقة ، فقد أحسن .

القسم الثاني : تعتق في نوبة نفسها ، فإن عتقت قبل تمام ليلتها ، كمل لها ليلتين لالتحاقها بالحرّة ، وحكى الحناطي وغيره وجهاً ، أنها لا تستحق إلا ليلة ، نظراً إلى الابتداء . وإن عتقت بعد تمام ليلتها ، لم تستحق إكمال ليلتين ، بل يقتصر في تلك النوبة على تلك الليلة ، ثم يسوي بينهما . وهل العتق في يومها التالي ليلتها كعتقها في ليلتها ؟ حكى عن إمام الحرمين فيه وجهان . أصحها وهو الموافق لكلام الجمهور : المنع لأنه تابع .

الحالة الثانية : بدأ بالأمة فعتقت في نوبتها ، صارت كالحرّة فيسوي بينهما . وإن عتقت بعد تمام نوبتها ، فوجهان . أحدهما : يبيت عند الحرّة ليلتين ، ثم يسوي بعد ذلك ، وبهذا قطع الإمام ، والمتولي ، والغزالي ، والسرخسي ، ومنع البغوي تكميل الليلتين وقال : إن عتقت في الأولى من ليلتي الحرّة ، أتمها واقتصر عليها ، وإن عتقت في الثانية ، خرج من عندها في الحال . وعلى نحو هذا جرى الشيخ أبو حامد وأصحابه وصاحب « المذهب » .

قرع

ذكر ابن كج والشيخ أبو الفرج وغيرهما ، أن الأمة إنما تستحق القسم إذا استحققت النفقة [و] في نص الشافعي رضي الله عنه إشارة إليه ، وقد بينا في « كتاب النكاح » متى تجب نفقتها .

فرع

إسقاط حق القسم بهتة للزوج ، أو لضرّة الأمة لا للسيد ، لأن معظم الحظ في القسم لها ، كما أن خيار العيب لها لا له .

فرع

ذكر المتولي ، أنه إذا قسم للحرّة ليلتين ، ثم سافر السيد بالأمة ، لم يسقط حقها من القسم ، بل على الزوج قضاء ما فات عند التمكن ، لأن الفوات حصل بغير اختيارها فعذرت .

السبب الثاني : تجدد النكاح ، وهو يقتضي تخصيص الجديدة بزيادة ميت عند الزفاف ، وهي سبع ليال للبكر ، وثلاث للثيب ، للحديث الصحيح في ذلك ، ولتزول الحشمة بينها ، وهذا التخصيص واجب على الزوج . وحكى الخناطي في وجوبه قولين . والمذهب الأول ، حتى قال المتولي : لو خرج بعض تلك الليالي بعذر ، أو أخرج ، قضى عند التمكن . وتجب الموالاة بين السبع والثلاث ، لأن الحشمة لا تزول بالمفروق . فلو فرق ، ففي الاحتساب به وجهان ذكرهما أبو الفرج الزاز . وظاهر كلام الجمهور المنع ، وذكر الزاز تفريعاً عليه ، أنه يوفىها حقها متوالياً ، ويقضى ما فرق للأخريات ، وسواء كانت ثبوبة الجديدة بنكاح أو زنا أو وطء شبهة . ولو حصلت بمرض أو وثبة ، فعلى الوجهين في استئذانها نطقاً في النكاح . ولو كانت الجديدة أمة - ولا يتصور ذلك إلا في العبد ، فإن له نكاح أمة على حرة - فوجهان . أصحهما : أنها كالحرّة في استحقاق السبع والثلاث ، لأن المراد زوال الحشمة ، والأمة كالحرّة فيه . والثاني : لها نصف ما للحرّة كالقسم . وعلى هذا في صفة التنصيف وجهان . أحدهما : تجبر الكسر ، فلبكر أربع ، ولثيب ليلتان . وأصحها وبه قطع البغوي : للبكر ثلاث

ونصف ، وللثيب ليلة ونصف ، ثم الاعتبار بحال الزفاف . فلو نكحها وهي أمة ، وزفت إليه وهي حرة ، فلها حق الحرائر قطعاً .
وإن عتقت بعد الزفاف ، فلها حق الإماماء . قال البخوي : ويحتمل أن يقال : لها حق الحرائر إذا عتقت في المدة .

فرع

إذا وفى حق الزفاف من الثلاث أو السبع ، لم يقض للباقيات ، ويستحب أن يختار الثيب بين أن يقيم عندها ثلاثاً بلا قضاء ، وبين أن يقيم عندها سبعاً ويقضيهن للباقيات ، كما فعل رسول الله ﷺ بأُم سلمة رضي الله عنها . فإن اختارت السبع فأجابها ، قضى السبع للباقيات . وإن أقام بغير اختيارها ، لم يقض إلا الأربع الزائدة ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكي في « المذهب » فيما إذا أقام سبعاً ، وجهين في أنه يقضي السبع ، أو أربعاً ، هكذا أطلقه . فإن أراد : إذا التمسته ، حصل وجه أنه لا قضاء على خلاف المذهب . وإن أراد : إذا لم تلتسمه ، أو كلتا الحالتين ، حصل وجه أنه يجب القضاء ، وإن لم يختار على خلاف المذهب . ولو التمست أربعاً ، أو خمساً ، أو ستاً ، لم يقض إلا ما زاد على الثلاث . ولو التمست البكر عشراً ، لم يجبر إجابتها . فإن أجابها ، لم يقض إلا ما زاد على السبع .

فرع

لو وفى حق جديدة ، ثم طلقها ، ثم راجعها ، فليس لها حق الزفاف ، لأنها باقية على النكاح الأول وقد وفى حقه . وإن أبانها ثم جدد نكاحها ، فقولان أو

وجهان . أظهرهما : تجدد الحق . ويجري الخلاف فيما لو أعتق مستولده أو أمته التي هي فراشه ثم نكحها . أما لو أبانها قبل توفية حقها ثم نكحها ، فيلزمه التوفية بلا خلاف . ولو أقام عند البكر ثلاثاً واقتضتها ، ثم أبانها ثم نكحها ، فإن قلنا : يتجدد حق الزفاف ، بات عندها ثلاث ليال لأنه حق زفاف الثيب . وإن قلنا : لا يتجدد ، بات أربعاً تتمياً للزفاف الأول .

فرع

نكح جديدتين ، وفى لها حق الزفاف ، وكذا لو لم يكن في نكاحه غيرهما . ثم إن زفتا على الترتيب ، أدى حق الأولى أولاً . وإن زفتا معاً وهو مكروه ، أقرع بينهما للابتداء ، فإذا خرجت قرعة إحداها ، قدم الجميع ^(١) السبع أو الثلاث . وحكى ابن كج وجهاً أنه يقدمها بليلة ^(٢) ثم يبيت عند الاخرى ليلة ، وهكذا يفعل إلى تمام المدة . وحكى البغوي في « الفتاوى » وجهاً ، أنها إذا كانتا بكرين أو ثيبين ، فليس لها حق الزفاف إن لم يكن في نكاحه غيرهما . فإن أراد أن يبيت عندهما ، لزمه التسوية . وإن كانت إحداها بكرًا والاخرى ثيباً ، خص البكر بأربع ، ثم يسوي ، وهذا ضعيف .

فرع

في فتاوى البغوي ، أن حق الزفاف إنما يثبت إذا كان في نكاحه أخرى .

(١) في نسخة الظاهرية : قدمها بجميع .

(٢) في الأصل : ثلاثة .

فإن لم تكن ، أو كانت وكان لا يبيت عندها ، لم يثبت حق الزفاف للجديدة ، كما لا يلزمه أن يبيت عند زوجته أو زوجاته ابتداء .

فرع

إذا كانت عنده نسوة فزفت إليه الجديدة بعدما سوى بينهن ، فيوفيا حقها ، ثم يستأنف القسم بين الجميع . وإن كانت عنده زوجتان فزفت الجديدة بعدما قسم لإحدهما ليلة ، وفي حق الزفاف ، ثم يقسم للقديمة الأخرى ليلة ، ويبت عند الجديدة نصف ليلة ، لأنها تستحق ثلث القسم ، ثم يخرج بقية الليلة إلى مسجد ونحوه ، ثم يستأنف القسم بين الثلاث بالسوية .

فرع

ينبغي أن لا يتخلف بسبب حق الزفاف عن الجماعات ، وعيادة المرضى ، وتشجيع الجنائز ، وإجابة الدعوات ، وسائر أعمال البر التي كان يقوم بها . هذا في النهار ، وأما في الليل ، فقالوا : لا يخرج لأن هذه مندوبات ، والمقام عندها واجب . قالوا : وفي دوام القسم ، يجب أن يسوي بينهن في الخروج إلى الجماعات وأعمال البر ، بأن يخرج في ليلة الجميع ، أو لا يخرج أصلاً . فلو خرج في ليلة بعضهم فقط ، فحرام .

الطرف الرابع : في الظلم والقضاء ، فيه مسائل .

إحداها : تحته ثلاث نسوة ، بات عند ثنتين عشرين ليلة ، إما عشراً عند هذه ثم عشراً عند هذه ، وإما ليلة ليله ، فتستحق الثالثة عشر ليل متوالية لا يجوز تفريقها . فلو نكح جديدة عقب العشرين ، لم يحز تقديم العشر ، لأنه ظلم للجديدة ،

بل يوفياً أولاً حق الزفاف ، ثم يقسم بين الجديدة والمظلومة ، ويجعل المظلومة ليلتها وليتي الآخرتين ، فيبيت عند الجديدة ليلة ، وعند المظلومة ثلاث ليال . فإذا دار هكذا ثلاث نوب ، فقد وفاها تسعاً وبقيت ليلة . فان كان بدأ بالمظلومة ، فإذا تمت التسع لها ، بات عند الجديدة ليلتها لتمام القسم ، ثم يبيت عند المظلومة ليلة لتمام العشر ، ويبيت عند الجديدة بهذه الليلة ثلث ليلة ^(١) ثم يخرج إلى موضع خال عن زوجاته ، ثم يستأنف القسم بعد ذلك للأربع . وعن الشيخ أبي محمد ، أنه لا يبيت ثلث الليلة عند الجديدة ، ويعذر فيه ، وليس بشيء ، وإن كان بدأ بالجديدة ، فإذا تمت التسع للمظلومة ، بات ثلث ليلة عند الجديدة وخرج ، ثم يبيت ليلة عند المظلومة ، ثم يقسم بين كلهن بالسوية ، والقسم بين الجديدة والمظلومة بالقرعة كغيرها .

الثانية : تحته أربع ، ثلاث حاضرات ، وواحدة غائبة ، فظلم واحدة من الحاضرات بالآخرتين ، ثم حضرت الغائبة ، فيقضي للمظلومة مع رعاية حق التي حضرت ، فيقسم لها ليلة ، وللمظلومة ثلاثاً ، وقد يحتاج آخراً إلى تبعيض ليلة كما سبق في المسألة الاولى ، وكذا لو كان يقسم بين نسائه ، فخرج في نوبة واحدة لضرورة ، بأن أخرجه السلطان ، فيقضي لها من الليلة التي بعدها مثل ماخرج ، والاولى أن يراعي الوقت ، فيقضي لاولى الليل من أوله ، ولآخرة من آخره ، ويكون باقي الليل في موضع خال عنهن ، ويستثنى ما إذا كان يخاف العس أو اللصوص ونحو ذلك لو خرج ، فيعذر في الإقامة ، قاله المتولي . والاولى أن لا يستمتع ^(٢) بها فيما وراء زمان القضاء .

(١) في الأصل : ثلاث ليال .

(٢) في الأصل : يستمتع .

فرع

قال في « الام » : لو كان له أربع ، فترك القسم لإحداهن أربعين ليلة ، قسم لها عشراً . قال الاصحاب : صورته أن يبيت عند الثلاث عشراً عشراً ، ويعطل عشر الرابعة ، فلا يبيت عند واحدة فيها . أما إذا وزع الأربعين على الثلاث بالسوية ، فصحة كل واحدة ثلاث عشرة ليلة وثلاث ، فيقسم للرابعة مثل ذلك .

الثالثة : لو وهبت واحدة حقها من القسم ، لم يلزم الزوج القبول ، فله أن يبيت عندها في نوبتها . فان رضي بالهبة ، نظر ، إن وهبت لمعينة ، جاز ويبيت عند الموهوب لها ليلتين . فان كانت نوبة الواهبة متصلة بنوبة الموهوب لها ، بات ليلتين ولأه ، وإلا فوجهان . أحدهما : أنه إذا انتهت النوبة إلى الموهوب لها ، بات عندها ليلتين ، لانه أسهل عليه والمقدار لا يختلف . وقياس هذا ، أنه إذا كانت ليلة الواهبة أسبق ، وبات فيها عند الموهوب لها ، يجوز أن يقدم لها ليلتها وبييتها متصلة بها ، وأصحها : لا تجوز الموالاة ، بل يبيت الليلتين منفصلتين . ولو طلق الواهبة ، لم يبت عند الموهوب لها بعد ذلك إلا ليلتها ، ولا يشترط في هذه الهبة رضی الموهوب لها على الصحيح . وإن وهبت حقها للزوج ، فهل له تخصيص واحدة بنوبة الواهبة ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، وبه قطع العراقيون والروائي وغيرهم ، وإليه ميل الأكثرين . فعلى هذا ، ينظر هل الليلتان متصلتان أم لا ؟ وحكمه ماسبق . والثاني : المنع ، فتجعل الواهبة كالمعدومة ، ويسوي بين الباقيات . ولو أبقى الدور بحاله ، وبات ليلة الواهبة في كل دور عند واحدة من الباقيات ، فلا تفضيل ولا ميل ، فلا يبعد تجويزه . فان جاز ، فقياسه أن يجوز وضع الدور في الابتداء كذلك ، بأن تجعل ليلة بين لياهين دائرة بينهما . ولو وهبت حقها لجميع الضرات ، أو أسقطت حقها مطلقاً ، وجبت التسوية فيه بين الباقيات بلا خلاف .

فرع

للوابة أن ترجع في الهبة متى شئت ، ويعود حقها في المستقبل ، لان المستقبل هبة لم تقبض . حتى لو رجعت في أثناء الليل ، يخرج من عند الموهوب لها . وأما ما مضى ، فلا يؤثر فيه الرجوع . وكذا ما فات قبل علم الزوج بالرجوع ، لا يؤثر فيه الرجوع فلا يقضيه . وخروج في قضائه وجه من تصرف الوكيل بعد العزل قبل العلم . والمذهب الاول . وشبهه الغزالي ، بما إذا أباحه ثمرة بستانه ثم رجع وتناول المباح له بعضها قبل العلم بالرجوع . وفي هذه الصورة (١) طريقتان محكيان فيما علق عن الامام ، فعن الشيخ أبي محمد ، في وجوب الغرم قولان ، كسألة الوكيل . وعن الصيدلاني القطع بالغرم ومال إليه الإمام ، لان الغرامات يستوي فيها العلم والجهل .

فرع

لا يجوز أن تأخذ عن حقها من القسم عوضاً ، لا من الزوج ولا من الضرة . فان أخذت ، لزمها رده ، ويستحق القضاء على الصحيح ، لانه لم يسلم لها العوض . وحكى ابن كعب وجهاً أنه لا قضاء .

فرع

بات في نوبتها عند غيرها ، وادعى أنها وهبتها وأنكرت ، فالقول قولها وعليه البينة ، ولا تقبل إلا شهادة رجلين .

(١) في نسخة الظاهرية : الصور .

الرابعة : إذا ظلم واحدة ، فقد سبق أنه يجب القضاء ، وإنما يمكن إذا كانت المظلومة والمظلوم بسببها في نكاحه ، فإن فارق المظلومة بطلاق أو غيره ، فقد تعذر القضاء ، وبقيت الظلامة في ذمته . قال المتولي : لو قسم لواحدة ، فلما جاءت نوبة الأخرى ، طلقها قبل توفية حقها ، عصي ، لأنه منعها حقها بعد ثبوته ، وهذا سبب آخر لكون الطلاق بدعياً .

قلت : هذا النقل غير مختص بالمتولي ، بل هو مشهور حتى في « التنبيه » والله أعلم

ثم إذا عادت المظلومة إليه بنكاح أو رجعة ، والتي ظلم بسببها في نكاحه ، لزمه القضاء لتمكنه ، وقيل : إن عادت بنكاح جديد ، لم يستحق القضاء بناءً على عدم عود الحنث . فلو لم تكن في نكاحه التي ظلم بسببها حين عادت المظلومة ، بل نكح جديدات ، فقد تعذر القضاء ، لأنه إنما يقضي من نوبة التي ظلم بسببها . ولو لم يفارق المظلومة وفارق التي ظلم بسببها ، ثم عادت إلى نكاحه ، أو فارقها ثم عادتا ، وجب القضاء ، ولا يحسب من القضاء ما بات عندها في مفارقة الظالمة ، ويجيء^(١) في عود النكاح الجديد الوجه السابق .

فرع

في نكاحه ثلاث ، فبات^(٢) عند ثنتين عشرين ليلة ، ثم فارق إحداها ، يبيت^(٣) عند المظلومة عشرًا تسوية بينها وبين الباقية - كذا ذكره البخوي ، وقال

(١) في نسخة الظاهرية : ولم يجيء .

(٢) في الأصل : بنات ، وهو خطأ .

(٣) في الأصل : يثبت ، وهو تصحيف .

المتولي : يقضي خمساً فقط ، لأنه إنما يقضي العشر من حقها وقد بطل حق إحداها .

فرع

تحت زوجتان ، ظلم إحداها ، ثم نكح ثالثة ، لم يتعذر القضاء ، بل يقضي للمظلومة من نوبة المظلوم بسببها كما سبق .

الطرف الخامس : في المسافرة بهن . إذا أراد المسافرة بيع زوجاته ، أقرع بينهن ، فيسافر بمن خرجت قرعته ، ولا يقضي مدة السفر ، وإنما يسقط القضاء بشروط .
أحدها : أن يقرع ، فإن لم يقرع ، لزمه القضاء للمخلفات . وهل يقضي جميع ما بين إنشاء السفر إلى رجوعه إليهن ، أم تستثنى مدة الرجوع لخروجه عن المعصية ، أم يسقط قضاء ما بعد العزم على الرجوع ؟ فيه أوجه . أصحاب الأول ، وما ذكرناه من تحريم المسافرة ببعضهن بلا قرعة ، سواء فيه كان يقسم لهن أم لا . وأشار الخناطي إلى خلاف في اختصاصه بمن كانت يقسم ، والمذهب الأول . وإذا خرجت القرعة لواحدة ، لم يجوز أن يسافر بغيرها ، ويجوز أن يخلفها مع الباقيات .

الشرط الثاني : أن لا يقصد بسفره النقلة ، وأما سفر النقلة فلا يجوز أن يستصحب فيه بعضهن دون بعض ، بقرعة ولا بغيرها . فلو فعل ، قضى للمخلفات . وقيل : لا يقضي مدة السفر إن أقرع ، والصحيح الأول . ولو نقل بعضهن بنفسه ، وبعضهن بوكيله بلا قرعة ، قضى لمن مع الوكيل ، ويجوز ذلك بالقرعة ، كذا ذكره البغوي .

قلت : وفي القضاء في هذه الصورة وجهان في « التنبيه » وغيره ، أصحابها : يجب لاشتراكهن في السفر . والله أعلم

وإذا أخذ في الرجوع إليهن بعد تخصيص واحدة بالنقل ، ففي قضاء مدة الرجوع الوجهان ، ولا يجوز أن يسافر سفر نقلة ويخلف نساءه ، بل ينقلهن بنفسه أو بوكيله ، أو يطلقهن لما في تخليفهن (١) من الإضرار بهن ، هكذا أطلقه الغزالي قال : وإنما لا يكلف في الحضرة البيتوتة اكفاءً بداعيته . وفي ما علق عن الإمام ، أن ذلك أدب وليس بواجب .

الشرط الثالث : أن يكون السفر طويلاً . فإن كان قصيراً ، فوجهان . أحدهما عند البغوي والمتولي وغيرهما : أنه كالطويل . والثاني : لا يجوز أن يستصحب بعضهن فيه بقرة ، ولو فعل قضى .

الشرط الرابع : أن لا يعزم على الإقامة ، فلا يقضي مدة السفر . وأما إذا صار مقياً ، فينظر ، إن انتهى إلى مقصده الذي نوى إقامة أربعة أيام فأكثر فيه ، أو نواها عند دخوله ، قضى مدة إقامته ، وفي مدة الرجوع وجهان . أحدهما : لا يقضي كمدة الذهاب . وإن لم ينو الإقامة وأقام ، فقال الإمام والغزالي : إن أقام يوماً ، لم يقضه ، والأقرب ما ذكره البغوي : إن زاد مقامه في بلد على مقام المسافرين ، وجب قضاء الزائد . ولو أقام لشغل ينتظره ، ففي القضاء خلاف كالحلاف في الترخص . قال المتولي : إن قلنا : يترخص ، لم يقض ، وإلا فيقضي ما زاد على مدة المسافرين ، والقياس في مدة الرجوع في هذه الحالة أن يقال : إن لم نوجب القضاء مدة هذه الإقامة ، لم يقض مدة الرجوع ، وإلا فعلى الوجهين السابقين ، والمذهب من الحلاف في الترخص أنه إن كان يتوقع تنجيز شغله ساعة ساعة ، ترخص ثمانية عشر يوماً . وإن علم أنه لا ينجز (٢) في أربعة أيام لا يترخص أصلاً .

(١) في الأصل : تخليتهن .

(٢) في نسخ الظاهرية : لا يتنجز .

فرع

قال الغزالي : شرط عدم القضاء ، أن يكون سفرًا طويلًا مرخصاً ، وهذا يقتضي وجوب القضاء في سفر المعصية .

فرع

استصحب واحدة بقرعة ، ثم عزم على الإقامة في بلد ، وكتب إلى الباقيات يستحضرهن ، ففي وجوب القضاء من وقت كتابته وجهان حكاهما البغوي . وفي فتاويه ، أنه لو نوى المقام في بلد قبل وصوله مقصده ، يقضي مدة مقامه فيه ، وهل يقضي مدة ذهابه إلى المقصد بعد ذلك ؟ يحتمل أن يكون على الوجهين في مدة الرجوع ، ويحتمل أن يقال : يقضي قطعاً . وأنه إذا استصحب واحدة بلا قرعة قضي للباقيات جميع المدة وإن كان لا يبيت معها ، إلا إذا تركها في بلد وفارقها ، ويحتمل أن يقال : لا يقضي إلا ما بات عندها ، ويحتمل أن يقال : يقضي وإن خلفها في بلد . وفيما علق عن الإمام ذكر وجهين فيما لو استصحب واحدة بقرعة في سفر نقلة وأوجبنا القضاء ، هل يخرج من الظلم بتغيير عزم النقلة ، أم يستمر حكمه إلى أن يرجع إلى المخلفات ؟

فصل

إذا سافر بزوجتين بقرعة ، عدل بينهما ، فإن ظلم إحداها ، قضى لها بالسفر ،

فإن لم يتفق ، قضى في الحضر من نوبة التي ظلمها بها . ولو استصحب واحدة بقرعة ، وأخرى بلاقرعة ، عدل بينهما أيضاً . ثم إذا رجع ، قضى للمخلقة من نوبة المستصعبة بلاقرعة ، ولا تخص مدة السفر بمن استصحبها بالقرعة ، إنما يكون كذلك إذا لم يكن معها غيرها . ولو كانت إحدى المستصعبتين جديدة لم يكن قضى حق زفافها ، فيقضيه ، ثم يسوي بينهما . ولو أراد تخليف إحداها في بلد ، فله ذلك ولكن تكون بالقرعة . ولو نكح في الطريق جديدة ، قضى حق زفافها ثم يسوي بينهما وبين المستصعبات ، ولا يلزم القضاء للمخلفات . ولو خرج وحده ، ونكح في الطريق ، فكذلك ، ولا يقضي للمخلفات^(١) هذا في مدة السفر ، فأما إذا نوى الإقامة في موضع أو أقام أياماً ، فيقضي في الصورتين ما وراء أيام الزفاف ، وفي مدة الرجوع الوجهان .

فرع

تحت زوجتان ، ثم نكح جديدتين وسافر بإحداها بقرعة اندرج حق زفافها في أيام السفر . فإذا عاد ، فهل يوفي حق الأخرى بسبع أو ثلاث ؟ وجهان أصحهما : نعم ، لأنه حق ثبت قبل السفر ، فلا يسقط به ، كما لو قسم لبعضهن وسافر ، فإنه يقضي بعد الرجوع لمن لم يقسم لها . والثاني : لا وبه قال ابن سريج ، كما لو سافر بإحدى القديتين ، فإنه لا يقضي للأخرى ، ولأن حق الجديدة عقيب الزفاف وقد مضى . ولو نكح ثنتين وزفتا إليه معاً ، فسافر بإحداها بقرعة ، فالحكم كذلك ، فلو كانتا بكرين فوجع بعد ثلاثة أيام ، قال ابن كج :

(١) في نسخ الظاهرية : فكذلك لأقضاء للمخلفات .

على الوجه الأول يتم لها السبع ، ثم يوفي الأخرى سبعا . وعلى قول ابن سريج :
يتم لها السبع ، ويبت عند الأخرى أربعاً ، ويبطل ما جرى في السفر . ولو نكح
جديدة على قديمة ، وسافر قبل توفية الزفاف بإحداها بقرعة ، فإن سافر بالقديمة ،
وفى حق الجديدة إذا رجع ، نص عليه . ويجيء فيه الوجه الآخر . وإن سافر
بالجديدة ، اندرج حق الزفاف في أيام السفر .

فرع

تحتة نسوة وله إماء ، هل له أن يسافر بأمة بلا قرعة ؟ وجهان حكاهما الحناطي ،
ونسب المنع إلى ابن أبي هريرة ، والجواز إلى أبي إسحاق ، وهو قياس أصل القسم .

قلت : الجواز هو الصحيح والله أعلم

فرع

في فتاوى البغوي ، أنه لو سافر بإحدى زوجاته الثلاث بالقرعة ، ثم نكح
في السفر جديدة ، ومنعها حق الزفاف ظلماً ، وبات عند القديمة سبعا ، وعاد إلى البلد
قبل أن يقضي للجديدة حق الزفاف ، وفاها حق الزفاف ، ثم يدور على الخلفات
والجديدة ، فيقضي لها من نوبة القديمة التي كانت معه ، بأن يبيت عند كل واحدة
من الخلفتين ليلة ، وعند الجديدة ليلتين ، وهكذا حتى يتم لها السبع ، وكذا
لو كان تحتة ثلاث ونكح جديدة ولم يوفها حق الزفاف ، بل بات عند واحدة من
الثلاث عشراً ظلماً ، فعليه أن يوفي حق الجديدة ثم يدور عليها وعلى المظلومتين ،
حتى يتم لكل واحدة عشراً .

الباب الثاني

في الشقاق

الوحشة والشقاق بين الزوجين قد يظهر سببه بأن تنشز أو يتعدى هو عليها ، وقد لا يظهر ويشكل الحال في أن المتعدي أيها أو كلاهما ، فهذه ثلاثة أحوال . الأول : أن تتعدى هي . قال الله تعالى : (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن) [النساء : ٣٣] والمراد بالوعظ ، أن يقول : اتقي الله في الحق الواجب عليك ، واحذري العقوبة ، وبين لها أن النشوز يسقط النفقة والقسم ، وأما المهجران ، فهجرها في المضجع ، وأما المهجران في الكلام ، فممنوع . وفيما علق عن الإمام ، حكاية وجهين في أنه محرم أم مكروه ؟ قال : وعندي أنه لا يحرم ترك الكلام أبداً ، لكن إذا كلم فعليه أن يجيب ، وهو كابتداء السلام وجوابه ، ولمن ذهب إلى التحريم أن يقول : لamen من ترك الكلام بلا قصد ، فأما بقصد المهجران ، فحرام ، كما أن الطيب ونحوه إذا تركه الإنسان بلا قصد لا يأثم . ولو قصد بتركه الإحداد أثم ، وحكي عن نص الشافعي ، أنه لو هجرها بالكلام ، لم يزد على ثلاثة أيام ، فإن زاد أثم .

قلت : الصواب ، الجزم بتحريم المهجران فيما زاد على ثلاثة أيام ، وعدم التحريم في الثلاثة ، للحديث الصحيح « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث » . قال أصحابنا وغيرهم : هذا في المهجران لغير عذر شرعي ، فإن كان عذر ، بأن كان المهجور مذموم الحال لبدة أو فسق أو نحوهما ، أو كان فيه صلاح لدين الهاجر أو المهجور ، فلا تحريم . وعلى هذا يحمل ما ثبت من هجر النبي ﷺ كعب بن

مالك وصاحبيه ، ونبيه ﷺ الصحابة عن كلامهم ، وكذا ما جاء من هجرات
السلف بعضهم بعضاً . والله أعلم

وأما الضرب ، فهو ضرب تأديب وتغزير ، وقدره نذكره في باب إن شاء
الله تعالى .

وينبغي أن لا يكون مديماً ، ولا مبرحاً ، ولا على الوجه والمهالك . فإن
أفضى إلى تلف ، وجب الغرم ، لأنه تبين أنه إلتلاف لإصلاح ، ثم الزوج وإن
جاز له الضرب ، فالأولى له العفو ، بخلاف الولي ، فإنه لا يترك ضرب التأديب
للصي ، لان مصلحته للصبي ، وفي الحديث ، النهي عن ضرب النساء . وأشار
الشافعي رحمه الله إلى تأويلين له . أحدهما : أنه منسوخ بالآية أو حديث آخر
بضربهن . والثاني : حمل النهي على الكراهة ، أو ترك الأولى ، وقد يحمل النهي على
الحال الذي لم يوجد فيه السبب المجوز للضرب .

قلت : هذا التأويل الأخير هو المختار ، فإن النسخ لا يصار إليه إلا إذا تعذر
الجمع وعلمنا التاريخ . والله أعلم

إذا عرفت هذا ، فلتعدي المرأة ثلاث مراتب . إحداها : أن يوجد منها
أمارات النشوز قولاً أو فعلاً ، بأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان ليئناً ، أو يجرد^(١)
منها إغراضاً وعبوساً بعد طلاقه^(٢) ولطف ، ففي هذه المرتبة ، يعطها ولا يضربها
ولا يهجرها .

(١) في الأصل : يوجد .

(٢) في الأصل : إطلاقه .

الثانية : أن يتحقق نشوزها ، لكن لا يتكرر ، ولا يظهر لإصرارها عليه ، فيعظها ويهجرها . وفي جواز الضرب قولان ، رجح الشيخ أبو حامد والمحامي المنع ، وصاحب « المذهب » و « الشامل » الجواز .

قلت : رجح الرافعي في « المحرر » المنع ، والموافق لظاهر القرآن الجواز وهو المختار . والله أعلم

الثالثة : أن يتكرر وتصر عليه ، فله الهجران والضرب بلا خلاف ، هذه هي الطريقة المعتمدة في المراتب الثلاث . وحكى ابن كعب قولاً في جواز الهجران والضرب عند خوف النشوز ، لظاهر الآية . وحكى الحناطي في حالة ظهور النشوز ، ثلاثة أقوال . أحدها : له الوعظ والهجران والضرب . والثاني : يتخير بينها ولا يجمع . والثالث : يعظها . فإن لم تتعظ هجرها ، فإن لم تنزجر ضربها .

فرع

فيما تصير به ناشزة

فمنه الخروج من المسكن ، والامتناع من مساكنته ، ومنع الاستمتاع بحيث يحتاج في ردها إلى الطاعة إلى تعب ، ولا أثر لامتناع الدلال ، وليس من النشوز الشتم وبذاء اللسان ، لكنها تأثم بإيذائه ، وتستحق التأديب ، وهل يؤديها الزوج ، أم يرفع إلى القاضي ليؤدبها ؟ وجهان . ولو مكنت من الجماع ومنعت من سائر الاستمتاع ، فهل هو نشوز يسقط النفقة ؟ وجهان .

قلت : أصحابها نعم . والأصح من الوجهين في تأديبها ، أنه يؤدبها بنفسه ، لأن في رفعها إلى القاضي مشقة وعاراً وتنكيداً للاستمتاع فيها بعد ، وتوحيشاً للقلوب ، بخلاف ما لو شتمت أجنبياً . والله أعلم

الحال الثاني : أن يتعدى الرجل ، فينظر ، إن منعها حقاً كنفقة أو قسم ، ألزمه الحاكم توفية حقها . ولو كان يسيء خلقه ويؤذيها ويضربها بلا سبب ، ففي « التتمة » أن الحاكم ينهأه . فإن عاد ، عزره . وفي « الشامل » وغيره ، أنه يسكنها بجنب ثقة ينظرهما ، ويمنعه من التعدي ، والنقلان متقاربان . وذكروا أنه لو كان التعدي منها جميعاً ، فكذلك يفعل الحاكم ، ولم يتعرضوا للحيلولة . وقال الغزالي : بحال بينها حتى يعودا إلى العدل . قال : ولا يعتمد قوله في العدل ، وإنما يعتمد قولها وشهادة القرائن . وإن كان لا يمنعها حقاً ، ولا يؤذيها بضرب ونحوه ، لكن يكره صحبتها لمرض أو كبر ، ولا يدعوها إلى فراشه ، أو يهيم بطلانها ، فلا شيء عليه ^(١) ويستحب لها أن تسترضيه بترك بعض حقها من قسم أو نفقة ، وكذا لو كانت هي تشكوه وتكره صحبتته ، فيحسن أن يبرها ويستميل قلبها بما تيسر له .

الحال الثالث : إذا نسب كل واحد الآخر إلى التعدي ، وسوء الخلق ، وقبح السيرة ، ولم يعرف الحاكم المتعدي منها ، يعرف حالهما من ثقة في جوارهما خبير بها ، فإن لم يمكن أسكنها بجنب ثقة يبحث عن حالهما وينهيها إليه . فإن علم الظالم ، منعه ، هكذا أطلقوه ، وظاهره الاكتفاء بقول عدل ، ولا يخلو عن احتمال . وإذا اشتد شقاقها ، ودأما على السباب الفاحش والتضارب ، بعث القاضي

(١) في الأصل : عليها ، وهو خطأ .

حكماً من أهله وحكماً من أهلها لينظروا في أمرهما ويصلحا بينها ، أو يفرقا
إن عسر الإصلاح . وهل بعث الحكّمين واجب ؟ قال البغوي : عليه بعثها ،
وظاهره الوجوب ، وحجته الآية . وقال الروياني : يستحب .

قلت : الأصح أو الصحيح : الوجوب . والله أعلم

ثم المبعوثان ، وكيلان للزوجين أم حاكمان موليان من جهة الحاكم ؟ فيه قولان .
أظهرهما : وكيلان ، فعلى هذا يوكل الزوج حكمه في التطليق عليه وقبول الخلع ،
والمرأة حكمها ببذل العوض وقبول الطلاق ، ولا يجوز بعثها إلا برضاها . فإن
لم يرضا ولم يتفقا على شيء ، أدب القاضي الظالم ، واستوفى حق المظلوم . وإذا
قلنا : هما حكمان ، لم يشترط رضى الزوجين في بعثها . وإذا رأى حكم الزوج
الطلاق ، استقل به^(١) ولا يزيد على طلبة ، لكن إن راجعها الزوج ودأما على الشقاق ،
طلق ثانية وثالثة . وإن رأى الخلع ووافقه حكمها ، تخالعا وإن لم يرض
الزوجان . ولو رأى الحكمان أن تترك المرأة بعض حقها من قسم ونفقة ، أو أن
لايتسرى أو لاينكح عليها غيرها ، لم يلزمه ذلك بخلاف . وإن كان لأحدهما على
الآخر مال متعلق بالنكاح ، أو غير متعلق ، لم يجز للحكم استيفاؤه من غير
رضى صاحبه بخلاف ، ويشترط في المبعوثين التكليف قطعاً ، ويشترط العدالة
والإسلام والحرية على المذهب ، ويشترط الاهتداء إلى ما هو المقصود من بعثها .
وأشار الغزالي إلى خلاف فيه . ويشترط الذكورة إن قلنا : حكمان ، وإن قلنا :

(١) في الأصل : ليستقل به .

وكيلان ، قال الحناطي : لا يشترط في وكيلها ، وفي وكيله وجهان ، ولا يشترط
فيهما الاجتهاد وإن قلنا : حكمان ، ولا كونها من أهل الزوجين ، لكن أهلها
أولى . ولو كان القاضي من أهل أحدهما ، فله أن يذهب بنفسه ، وفيما علق عن
الإمام اشتراط كونها من أهلها ، و[لا] ^(١) يجوز الاقتصار على حكم واحد على
الاصح ، وبه قطع ابن كعب ، وينبغي أن يخلو حكمه به وحكمها بها ، فيعرفا
ما عندهما ، وما فيه رغبتها ، فاذا اجتمعا ، لم يخف أحدهما عن الآخر شيئاً ،
وعلا ما رأياه صواباً . ولو اختلف رأي الحكمين ، بعث آخرين حتى يجتمعا على
شيء ، ذكره الحناطي . ولو جن أحد الزوجين ، أو أغمى عليه ، لم يجوز بعثها
بعده ، وإن جن بعد استعلام الحكمين رأيه ، لم يجوز تنفيذ الأمر . وقيل :
إن قلنا : حاكمان ، لم يؤثر جنون أحدهما ، قاله ابن كعب . وقيل : الإغماء لا يؤثر
إن قلنا : وكيلان كالنوم ، حكاه الحناطي ، وهذا ينبغي أن يجيء في كل وكالة ،
والصحيح الاول . ولو غاب أحد الزوجين بعد بعث الحكمين ، نفذ الأمر إن ^(٢)
قلنا : وكيلان ، وإلا ، فلا على الصحيح .

فرع

ذكر الحناطي ، أنه لو رأى أحد الحكمين الاصلاح ، والآخر التفريق ففروق ،
نفذ التفريق إن جوزنا الاقتصار على حكم واحد .

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

(٢) في نسخ الظاهرية : نفذ الأمران إن .

فرع

وكل رجلاً فقال : إذا أخذت مالي منها فطلقها ، أو خالعها ، أوخذ مالي
ثم طلقها ، لم يجوز تقديم الطلاق على أخذ المال . قال أبو الفرج الزاز : وكذا
لو قال : خالعها على أن تأخذ مالي منها . ولو قال : خذ مالي وطلقها ، فهل
يشترط تقديم أخذ المال ؟ وجهان . أصحها عند البغوي : نعم . ولو قال : طلقها
ثم خذ ، جاز تقديم أخذ المال ، لانه زيادة خير وبالله التوفيق .



كتاب الخلع

هو الفرقة بعوض يأخذه الزوج ، وأصل الخلع مجمع على جوازه ، وسواء في جوازه خالع على الصداق أو بعضه ، أو مال آخر أقل من الصداق ، أو أكثر ، ويصح في حالتي الشقاق والوفاق ، وخصه ابن المنذر بالشقاق ، ثم لا كراهة فيه إن جرى في حال الشقاق ، أو كانت تكره صحبته لسوء خلقه أو دينه ، أو تخرجت من الإخلال ببعض حقوقه ، أو ضربها تأديباً فافتدت . وألحق الشيخ أبو حامد به ما إذا منعها نفقة أو غيرها فافتدت لتتخلص منه . وإن كان الزوج يكره صحبتها ، فأساء عشرتها ، ومنعها بعض حقها حتى ضجرت وافتدت ، كره الخلع وإن كان نافذاً ، ويأثم الزوج بفعله . وفي وجه ، منعه حقها كالإكراه على الخلع بالضرب وما في معناه ، وإذا أكرهها بالضرب ونحوه فاختلفت ، فقالت مبتدئة : خالعتني على كذا ففعل ، لم يصح الخلع ، ويكون الطلاق رجعيًا إن لم يسم مالاً . وإن سماه ، لم يقع الطلاق ، لأنها لم تقبل ختارة ، وفي « التتمة » وجه ، أنه لا يقع الطلاق وإن لم يسم المال . ولو ابتدأ وقال : طلقتك على كذا وأكرهها بالضرب على القبول ، لم يقع شيء ، وإذا ادعت أنه أكرهها على بذل مال عوضاً عن الطلاق وأقامت بينة ، فالمال مردود إليها ، والطلاق واقع ، وله الرجعة ، نص عليه . قال الأصحاب : موضع الرجعة ما إذا لم يعترف بالخلع ، بل أنكر المال أو سكت . فأما إذا اعترف بالخلع وأنكر الإكراه ، فالطلاق بائن

بقوله ، ولا رجعة . ولو زنت فمنعها بعض حقها فافتدت بمال ، صح الخلع ، وحل له أخذه . وعلى هذا حل قول الله تعالى : (ولا تعضلوهن لتذهبن ما آتيتوهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) [النساء: ١٨] ومن جعل منع الحق كالإكراه بالضرب قال : لا يحل الأخذ . ولو أمسكها عنده وحبسها ليرثها فماتت ، ورثها على المشهور . وحكي ابن كج والحناطي قولاً أنه لا يرثها .

فصل

يشتمل هذا الكتاب على خمسة أبواب .

الأول : في حقيقة الخلع ، فإن فارقها على عوض بلفظ الطلاق ، فهو طلاق سواء فيه صريح الطلاق وكنياته . وإن لم يجز إلا لفظ الخلع ، فقولان . الجديد ، أنه طلاق ينقص به العدد ، وإذا خالعا ثلاث مرات ، لم ينكحها إلا بمحل ، والقديم : أنه فسخ لا ينقص به العدد . ويجوز تجديد نكاحها بعد الخلع بلا حصر ، والجديد هو الأظهر عند جمهور الأصحاب . ورجح الشيخ أبو حامد ، وأبو مخلد البصري القديم ، فإن قلنا : فسخ ، فلفظ الخلع صريح فيه ، ولو قال : فسخت نكاحك بألف فقبلت ، أو قال : فاديتك بألف فقالت : قبلت أو افتديت ، فوجهان . أصحها : أنه صريح . والثاني : كناية . فعلى هذا ، في انعقاد الخلع بها خلاف نذكره في أنه هل ينعقد بالكناية إذا جعلناه فسخاً ، ولو نوى بالخلع الطلاق والتفريع على أنه فسخ ، فهل يكون طلاقاً أم فسخاً لكونه صريحاً ؟ فيه وجهان ، اختيار القاضي حسين الفسخ ، وبه قطع المتولي والغزالي . ولو قال لزوجته : فسخت نكاحك ونوى الطلاق وهو متمكن من الفسخ بعيها ، فالصحيح أنه طلاق وبه قطع القاضي حسين . وقيل : فسخ . أما إذا قلنا : الخلع طلاق ، فلفظ الفسخ كناية فيه ، ولفظ الخلع فيه قولان . قال في « الأم » :

كناية وفي « الإملاء » : صريح . قال الروياني وغيره : الأول أظهر ، واختار الإمام والغزالي والبغوي الثاني ، ولفظ المفاداة كلفظ الخلع على الأصح . وقيل : كناية قطعاً . وإذا قلنا : لفظ الخلع صريح ، فذاك إذا ذكر المال ، فإن لم يذكره ، فكناية على الأصح . وقيل : على القولين . وهل يقتضي الخلع المطلق الجاري بغير ذكر المال ثبوت المال ؟ وجهان . أصحها عند الإمام والغزالي والروياني : نعم للعرف ، وكالخلع على خمر ، والثاني : لا لعدم الالتزام ، فإن أثبتنا المال ، فإن جعلناه فسخاً أو صريحاً في الطلاق أو كناية ونوى ، وجب مهر المثل وحصلت البينة . وإن جعلناه كناية ولم ينو ، لغا ، وإن لم يثبت المال عند الطلاق ، فإن جعلناه فسخاً ، لغا ، لأن الفسخ بالتراضي لا يكون إلا بعوض ، هكذا حكاه الإمام وغيره عن الأصحاب ، وذكروا أن مساق كلامهم أنه لو نفى (١) العوض في الخلع ، لم يصح الخلع على قول الفسخ ، قال الإمام : والقياس الحق صحته بلا عوض . وإن جعلناه طلاقاً إما صريحاً وإما كناية ونوى ، فهو طلاق رجعي ، وفي افتقاره إلى قبولها وجهان . أصحها : لا يفتقر ، صححه الإمام وقطع به البغوي لاستقلال الزوج بالطلاق الرجعي ، والوجهان فيما إذا قال : خالعتك وأضمر التماس جوابها وانتظر قبولها . أما لو قال : خلعت أو خالعت ، ولم يضمّر التماس الجواب ، فلا يفتقر إلى الجواب قطعاً ، كما لو قال : فارقتك . ولو نوى المال ولم يذكره وقلنا : مطلقه لا يقتضي مالاً ، فهل تؤثر النية في ثبوت المال ؟ وجهان يقربان من انعقاد البيع ونحوه بالكنايات . فإن قلنا : تؤثر ، ثبت المال ، ولا بد فيه من نيتها أيضاً . وإن قلنا : لا تؤثر ، فهل يقع الطلاق ويلغى منه (٢) المال ، أم لا يقع ، لأنه نوى الطلاق على مال لا مطلقاً ؟ وجهان . وفي « فتاوى

(١) في الأصل : بقي ، وهو تصحيف .

(٢) في نسخة الظاهرية : فيه .

البغوي ، وجهان فيما لو اختلعت نفسها على بقية صداقها ، فخالعها عليه ، ولم يكن بقي لها شيء عليه ، فهل تحصل البينة بمهر المثل ؟ ورجع الحصول .

فرع

يصح الخلع بجميع كنيات الطلاق مع النية إن جعلناه طلاقاً ، وإن جعلناه فسخاً ، فهل للكنيات فيه مدخل ؟ وجهان . أصحها : نعم . فإن نوى الطلاق ، أو الفسخ ، كان ما نوى . وإن نوى الخلع ، عاد الخلاف في أنه فسخ أم طلاق ؟ ولو قال : خالعت نصفك أو يدك على كذا ، أو خالعتك شهراً على كذا ، نفذ إن جعلناه طلاقاً ، والقول في المال الواجب سيأتي إن شاء الله تعالى ، ولا ينفذ إن جعلناه فسخاً .

فرع

ترجمة الخلع بسائر اللغات ، كلفظة العربي ، ولا يجيء فيه الخلاف السابق في النكاح .

فرع

لفظ البيع والشراء كناية في الخلع ، سواء جعل فسخاً أم طلاقاً ، وذلك بأن يقول : بعثك نفسك بكذا ، فتقول : اشتريت أو قبلت ، ولفظ الإقالة كناية أيضاً فيه ، ويبيع الطلاق بالمهر من جهة الزوج ، ويبيع المهر بالطلاق من جهتها

يعبر بها عن الخلع ، وليكونا كنايةتين ، كقوله : بعثك نفسك . وفي « الزيادات »^(١) لأبي عاصم : إن يبع الطلاق مع ذكر العوض صريح . ورأى إسماعيل البوشنجي من أصحابنا ، أن ينزل قوله : بعثك طلاقك بكذا منزلة قوله : ملكتك طلاقك بكذا ، حتى إذا طلقت في المجلس ، لزم المال ووقع الطلاق . وإن نوباً مجرد يبع الطلاق وشرائه من غير إيقاع طلاق منها ، وبغير نية طلاق منه ، فهذا التصرف فاسد ، والنكاح باق بحاله . وإسماعيل هذا إمام غواص متأخر لقيه من لقيناه .

فرع

قالت : طلقني على كذا فقال : خالعتك ، فإن جعلنا الخلع فسخاً ، لم ينفذ لأنه لم يجبه ، وإن جعلناه صريحاً في الطلاق ، أو كناية ونوى ، حصلت بينونة ولزم المال . وإن لم ينو ، لم يقع شيء . ولو قالت : خالعتي على كذا فقالت : طلقتك عليه ، فإن قلنا : الخلع فسخ ، لم يقع عليه فرقة لأنه لم يجبه . وقيل : يقع الطلاق ، لأنه أعطاه فرقه أقوى مما طلبت ، فكأنه زاد ، كمن سأله طلبة فطلق طلقتين ، والأول أصح . وعلى هذا قوله : طلقتك ابتداء كلام منه ، فإن لم يسم المال ، وقع طلاق رجعي ، وإن سماه ، لم يقع ما لم يقبل . وإن قلنا : الخلع طلاق ، فإن جعلناه صريحاً أو كناية ونوت ، حصلت بينونة ولزم المال ، ولا يضر اختلاف اللفظ ، وإن جعلناه كناية ولم ينو ، فقولها لغو . والزواج مبتدئ بالطلاق . ولو وكل رجلاً في طلاقها فخالع ، فإن قلنا : الخلع فسخ ،

(١) في الأصل : الزائدات

لم ينفذ . وإن قلنا : طلاق ، قال البوشنجي : الذي يجيء على أصلنا ، أنه لا ينفذ أيضاً ، لأنه يمنع الرجعة إن كان بعد الدخول . قال : ولو وكله في الطلاق فطلق على مال ، إن كان بحيث يتصور الرجعة ، لم ينفذ ، وإن لم يتصور بأن كان قبل الدخول ، أو كان المملوك له الطلقة الثالثة ، فذكر في نفوذه احتمالين لأنه حصل غرضه مع فائدة ، لكنه غير مفهوم بالتوكيل المطلق ، وقد يتوقف في بعض مآذره حكماً ودليلاً .

فرع

تخالعا هازلين ، نفذ إن قلنا : إنه طلاق ، وإن قلنا : فسخ ، فهو كبيع المازل ، وفيه خلاف سبق .

فرع

التعليق يمنع صحة الخلع إن قلنا : فسخ ، وإن قلنا : طلاق ، فلا .

فصل

فيما يلحق به الخلع من الأصول

قال الأصحاب : إن جعلنا الخلع فسخاً ، فهو معاوضة محضة من الجانبين لامتدخلك للتعليق فيه ، بل هو كابتداء النكاح والبيع . فلو قال : خالعتك بمائة فقبلت بخمسين ، أو قالت : خالعتني بمائة فخالعها بخمسين ، أو قالت : بخمسين فخالعها

بمائة ، لم يصح كالبيع . وإن جعلناه طلاقاً ، أو جرى لفظ الطلاق صريحاً ، نظر هل بدأ الزوج بالايقاع ، أم بدأت بسؤاله ؟

القسم الأول : إن بدأ^(١) هو بطلاقها وذكر العوض ، فهو معاوضة فيها شوب تعليق ، لأنه يأخذ مالاً في مقابلة ما يزيله ، والشوب فيه لكونه يترتب على قبول المال كترتب الطلاق المعلق بشرط ، ثم تارة تغلب المعاوضة ، وتارة التعليق ، وتارة يراعى المعنيان ، ويختلف ذلك بالصيغ المأني بها . فإن أتى بصيغة المعاوضة وصورتها فقال : خالعتك بكذا ، أو على كذا ، أو طلقتك ، أو أنت طالق على كذا ، غلب معنى المعاوضة ، ويثبت أحكامها ، فيجوز له الرجوع قبل قبولها ، ويلغو قبولها بعد رجوعه ، ويشترط قبولها باللفظ من غير فصل كالبيع وسائر العقود . فلو تخلل زمن طويل ، أو اشتغلت بكلام آخر ثم قبلت ، لم ينفذ . ولو اختلف الإيجاب والقبول ، بأن قال : طلقتك بألف فقبلت بألفين ، أو بخمس مائة ، لم يصح كالبيع ، كذا ذكره البغوي وغيره . وفي « الشامل » ، أنها إذا قبلت بألفين ، صح ولا يلزمها الألف ، لأنه لم يوجب إلا ألفاً . والصحيح الأول . ولو قال : طلقتك ثلاثاً بألف ، فقبلت واحدة بثلاث الألف ، لم يصح . وإن قبلت واحدة بالألف ، فثلاثة أوجه . أحدها : لا يقع شيء كالبيع ، والثاني : يقع طلاقاً ، لأن الزوج هو المستقل بالطلاق ، وأصحها : يقع الثلاث ، صححه الشيخ أبو علي والغزالي ، وبه قال القفال ، لأن قبولها إنما يحتاج إلى المال ، وأصل الطلاق وعدده مستقل به الزوج . وإذا قلنا : يقع الثلاث أو واحدة ، ففيما يستحقه الزوج عليها وجهان . أحدهما : الألف ، وبه قال ابن الحداد ، والشيخ أبو محمد ، لأن

(١) في الأصل : ان يبدأ .

الايجاب والقبول تعلقا به . والثاني عن ابن سريج : أنه يجب مهر المثل لاختلاف
الايجاب والقبول . وإن أتى الزوج بصيغة تعليق ، نظر ، إن قال متى أعطيتني ،
أو متى ما ، أو أي وقت ، أو حين ، أو زمان ، غلب معنى التعليق وثبتت
أحكامه ، وجعل كالتعليق بسائر الأوصاف ، حتى لا يحتاج إلى قبول باللفظ ،
ولا يشترط الإعطاء في المجلس ، بل متى وجد الإعطاء طلقت ، وليس للزوج الرجوع قبل
الإعطاء ، وإن قال : إن أعطيتني ، أو إذا أعطيتني كذا فأنت طالق ، فله بعض أحكام
التعليق ، فلا يحتاج إلى القبول لفظاً ، ولا رجوع للزوج قبل الإعطاء . وقيل : يجوز له الرجوع
قبل الإعطاء ، حكاه البخاري ، وقطع به صاحب « المذهب » ، ويقرب منه ما حكاه ابن كعب
عن ابن سامة ، أن الزوج بالخيار بين أن يقبل الألف الذي أحضرته ، وبين أن لا يقبل .
والصحيح الاول ، وله بعض أحكام المعاوضة وهو اشتراط الإعطاء في المجلس .
واختار صاحب « المذهب » ، إلحاق « إذا » بـ « متى » ، وألحقها بالجمهور بـ « أن » كما ذكرنا .
وحكي وجه ، أن كلمة « إن » كـ « متى » في أنه لا يشترط تعجيل الإعطاء وهو شاذ .
ثم قال المتولي : اشتراط الإعطاء على الفور مخصوص بالزوجة الحرة فإن
قال لزوجته الأمة : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، وقع الطلاق متى أعطته
الألف وإن طال الزمان ، لأنها لا تقدر على الإعطاء في المجلس غالباً ، بخلاف
ما إذا قال : إن أعطيتني زق خمر فأنت طالق ، فإنه يشترط الفور وإن لم تملك
الخمر ، لأن يدها قد تشمل على خمر . قال : ولو أعطته الأمة ألفاً من كسبها ،
حصلت البيئونة لوجود الصفة ، وعليه رد المال إلى سيدها ويطالبها بمهر المثل إذا اعتقت .

فرع

المراد بالمجلس الذي يشترط فيه الإعطاء بحاس التواجب وهو ما يحصل به
الارتباط بين الايجاب والقبول ، ولا نظر إلى مكان العقد . وفي وجه حكاه

ابن كج وغيره ، أنه يقع الطلاق إذا أعطته قبل تفرقها وإن طالت المدة .
والصحيح الاول .

القسم الثاني : إذا بدأت بسؤال الطلاق فأجابها ، فهو معاوضة فيها شوب
جعالة . والصحيح لها الرجوع قبل أن يجيبها ، لأن هذا حكم المعاوضة والجعالة ،
وسواء أنت بصيغة تعليق كقولها : إن طلقني أو متى طلقني فلك كذا ، أو
قالت : طلقني على كذا ، فهو معاوضة في الحالتين ، ويشترط أن يطلقها في مجلس
التواجب ، سواء فيه صيغة المعاوضة والتعليق ، وسواء علق بـ «إن» أو بـ «متى» . فلو
طلقها بعد مدة طويلة ، كان طلاقاً مبتدأً . ولو قالت : طلقني ثلاثاً على ألف فطلق
واحدة على ثلث الألف ، أو اقتصر على قوله : طلقتك واحدة ، وقعت الواحدة
واستحق ثلث الألف . كما لو قال : رد عيدي ولك ألف ، فرد أحدهم . وحكى
الشيخ أبو علي وجهاً أنه لا يقع شيء وغلط قائله .

فرع

قال لامرأته : خالعتكما أو طلقتكما ، أو أننا طالقان بألف ، فقبلت إحداها
فقط ، لم يقع شيء . وقيل : يصح في حق القائلة والصحيح الأول .
ولو قال : طلقك إحداكما بألف ولم يعين فقالتا : قبلنا ، لم يصح ذكره البغوي .
ولو قال : خالعتك وضرتك بألف . فقالت : قبلت ، صح الخلع ، ولزمها
الألف ، لأن الخطاب معها وحدها وهي مختلعة لنفسها ، وقابلة لضررتها كالأجنبي .
ولو قالتا له : طلقنا بألف فطلق إحداها ، طلق دون الأخرى . وهل
يلزمها مهر المثل أم حصنها من المسمى إذا وزع على مهر مثلها ، أم نصف المسمى ؟
فيه ثلاثة أقوال . أظهرها الأول ، وتجري الأقوال في الواجب على كل واحدة
إذا طلقها .

قال الشيخ أبو حامد : والخلاف مخصوص بصورة الإطلاق .
أما لو قال : طلقتهما على ألف مناصفة ، أو قالتا : طلقنا على ألف مناصفة ،
فهو مناصفه بلا خلاف .

ولو قالت : طلقني بألف ، فقال : طلقتك بخمس مائة ، بانت واستحق خمسمئة
على الصحيح ، وقيل : لاتطلق تغليبا للمعاوضة ، وبالله التوفيق .

الباب الثاني في أركان الخلع

وهي خمسة .

الأول : الزوج ، فيوجب ابتداءً أو يجب^(١) سؤالها ، ويشترط أن يكون ممن
ينفذ طلاقه ، فلا يصح خلع الصبي والمجنون ، ويصح خلع المحجور عليه بفلس أو سقه ،
سواء أذن الولي أم لا ، وسواء كان العوض مهر المثل أو دونه ، لأن طلاقها
مجاناً نافذ ، ولا يجوز للمختلع تسليم المال إلى السفية ، بل يسامه إلى الولي ، فإن
سامه إلى السفية وكان الخلع على عين مال ، أخذها الولي من يده . فإن تركها
في يده حتى تلفت بعد علمه بالحال ، ففي وجوب الضمان على الولي وجهان
حكاهما الحناضي . وإن تلف في يد السفية ولم يعلم الولي بالتسليم ، رجع على المختلع
بمهر المثل على الأظهر ، وبقيمة العين على القول الآخر . وإن كان الخلع على دين ،
رجع الولي على المختلع بالمسمى ، لأنه لم يجر قبض صحيح تبرأ به الذمة ، ويسترد
المختلع من السفية ما سامه إليه . فإن تلف في يد السفية ، فلا ضمان ، لأنه ضيع ماله
بتسليمه إلى السفية ، كمن باعه شيئاً وسلمه إليه وتلف عنده ، هذا إذا كان التسليم

(١) في الأصل : أو يجب .

إلى السفية بغير إذن الولي ، فإن كان ياذنه ، ففي الاعتداد بقبضه وجهان عن الداركي ، ورجع الحناطي الاعتداد .

فرع

يصح خلع العبد بغير إذن سيده وبدون مهر المثل ، ويدخل المهر في ملك سيده قهراً كأكسابه ، ولا يسلم المختلع المال إليه بل إلى السيد . فإن سلمه إليه فعلى ما سبق في السفية ، إلا أن ما يتلف في يد العبد يطالبه المختلع بضمانه إذا عتق ، وما يتلف في يد السفية لا يطالبه به ، لا في الحال ولا بعد الرشد ، وخلع المدبر والمعق بعضه كالقن . فإن جرت مهابة بين من بعضه حر وبين سيده ، فليكن عوض الخلع من الأكساب النادرة ، وليجىء فيه الخلاف .

والمكاتب يسلم إليه عوض الخلع لصحة يده واستقلاله .

الركن الثاني : المختلع يشترط في قابل الخلع من الزوجة والاجنبي ، أن يكون مطلق التصرف في المال ، صحيح الالتزام .

وللجبر أسباب . أحدها : الرق . فإن اختلعت الامة نفسها بغير إذن سيدها ، نظر إن اختلعت بعين ماله ، فقولان . أحدهما : يقع الطلاق رجعياً كالسفية^(٢) والمشهور أنه يقع بائناً كالخلع على خمر ، وهل المستحق عليها مهر المثل أم بدل العين ؟ قولان . أظهرهما : الاول . وإن اختلعت على دين ، بانت . وهل عليها المسمى أم مهر المثل ؟ وجهان ، أو قولان . أصحابها : الاول ، وبه قطع

(١) في الأصل : كالسفيه .

العراقيون ، واختاره القفال والشيخ أبو علي ، ثم ما ثبت عليها باختلاعها يتعلق بذمتها تطالب به بعد العتق لا في الحال .

أما إذا اختلعت بإذن سيدها ، فاما أن يبين العوض ، وإما أن يطلق . فان بين ، نظر ، إن كان عيناً من ماله ، نفذ الخلع ، واستحق الزوج تلك العين ، وإن قدر ديناً ، بأن قال : اختلعي بألف ففعلت ، تعلق الالف بكسبها كمهر زوجة العبد . وإن زادت على ما قدر ، فالزيادة في ذمتها .

وإن قال : اختلعي بما شئت ، اختلعت بمهر المثل ، وبالإضافة إن شاءت ، وتعلق الجميع بكسبها ، ذكره البغوي . وإن أطلق الاذن ، اقتضى مهر المثل . فان لم تزد عليه ، ففي كسبها ، وإلا فالزيادة في ذمتها ، وما يتعلق بكسبها يتعلق بما في يدها من مال التجارة إن كانت مأذوناً لها . وإن جرى الخلع باذن السيد والعوض دين ، ففي كون السيد ضامناً له الخلاف السابق في مهر زوجة العبد .

فرع

[اختلاع المكاتبه] ^(١) بغير إذن سيدها ، كاختلاع الامة بغير إذنه . وإن اختلعت باذنه ، فالمذهب والمنصوص هنا أنه كاختلاعها بغير إذن . وقيل : كاختلاع الامة بالاذن ، ولا يكون السيد هنا ضامناً بلا خلاف .

فرع

اختلاع السيد أمته التي هي تحت حر ، أو مكاتب على رقبتها ، قال إسماعيل

(١) زيادة من نسخ الظاهرية ولا يستقيم الكلام إلا بها .

البوشنجي : تحصلت فيه بعد إمعان النظر على وجهين . أحدهما : تحصل الفرقة
بهر المثل . وأصحها : لا يصح الخلع أصلاً .
السبب الثاني : الحجر بالسفه .

فاذا قال لزوجته المحجور عليها لسفه : خالعتك أو طلقتك على ألف فقبلت ،
وقع الطلاق رجعيًا ، سواء فعلت ذلك بأذن الولي أم بغير إذنه ، ولا يلزمها المال ،
وليس للولي صرف مالها في الخلع . فان لم تقبل ، لم يقع الطلاق ، لان الصيغة
تقتضي القبول ، فأشبه الطلاق المعلق على صفة .

ولو قال لها : طلقتك على ألف إن شئت [فقالت على الاتصال : شئت ^(١)]
وقع الطلاق رجعيًا . ولو بدأت فقالت : طلقني على كذا فأجابها ، وقع طلاق
رجعي أيضًا .

فرع

له زوجتان : رشيدة ومحجور عليها بسفه ، فقال : طلقتهما على كذا ، فقبلتا ،
طلقت الرشيدة بائناً ، وعليها مهر المثل على الأظهر ، وطلقت السفية رجعيًا ، وإن
قبلت إحداهما ، لم يقع عليها شيء . ولو كانتا سفيتين ، فقال : طلقتهما على ألف فقبلتا ،
وقع الطلاق عليها رجعيًا . وإن قبلت إحداهما ، لم يقع شيء . ولو بدأتا فقالتا :
طلقنا بألف فطلقهما ، وقع الطلاق على السفية رجعيًا ، وعلى الرشيدة بائناً .
وإن أجاب السفية ، وقع عليها رجعيًا ، وإن أجاب الرشيدة ، وقع بائناً .
وقوله : أنبأ طالقان على ألف إن شئنا ، كقوله : طلقتهما على ألف في جميع ذلك .
السبب الثالث : الجنون والصغر ، فقبول مجنونة وصغيرة لا تميز لهما لغو

(١) زيادة من خطوط الظاهرية .

وقول الزوج لها : أنت طالق على كذا لغو . ولو قال ذلك لصغيرة مميزة فقبلت ، فهل يقع طلاق رجعي أم لا يقع شيء ؟ وجهان . رجح الإمام والغزالي المنع ، والبغوي الوقوع .

السبب الرابع : المرض . فإذا اختلعت في مرض موتها ، نظر ، إن كان بمهر المثل ، نفذ ولم يعتبر من الثلث ، وإن كان بأكثر ، فالزيادة كالوصية للزوج ، فيعتبر من الثلث ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالحلل عن الارث .

ولو اختلعت بعبد قيمته مائة ، ومهر مثلها خمسون ، فقد حابت بنصف العبد ، فينظر ، إن خرجت المحاباة من الثلث ، فالعبد كله للزوج عوضاً ووصية . وحكى الشيخ أبو حامد وجهاً ، أنه بالخيار بين أن يأخذ العبد ، وبين أن يفسخ العقد فيه ويرجع إلى مهر المثل ، لأنه دخل في العقد على أن يكون [العبد] ^(١) كله عوضاً . والصحيح الأول ، إذ لا تنقص ولا تشقيص . وإن لم يخرج من الثلث ، بأن كان عليها دين مستغرق ، لم تصح المحاباة ، والزوج بالخيار ، بين أن يسلك نصف العبد وهو قدر مهر المثل ، ويرضى بالتشقيص ، وبين أن يفسخ المسمى ويضارب الغرماء بمهر المثل . وإن كان لها وصايا أخرى ، فإن شاء الزوج ، أخذ نصف العبد وضارب أصحاب الوصايا في النصف الآخر . وإن شاء فسخ المسمى وتقدم بمهر المثل على أصحاب الوصايا ، ولا حق له في الوصية ، لأنها كانت في ضمن المعاوضة وقد ارتفعت بالفسخ . وإن لم يكن دين ولا وصية ولا شيء لها سوى ذلك العبد ، فالزوج بالخيار ، إن شاء أخذ ثلثي العبد ، نصفه بمهر المثل ، وسدسه بالوصية ، وإن شاء فسخ وليس له إلا مهر المثل .

(١) زيادة من غطوبة الظاهرية .

فرع

مرض الزوج لا يؤثر في الخلع ، فيصح خلعها في مرض الموت بدون مهر المثل ، لأن البضع لا يبقى للوارث لو لم يخالع ، كما لو أعتق مستولده في مرض الموت ، لا يعتبر من الثلث ، ولأنه لو طلق بلا عوض لم يعتبر قيمة البضع من الثلث .

الركن الثالث : المعوض وهو البضع ، وشرطه أن يكون مملوكاً للزوج . فأما البائنة بخلع وغيره ، فلا يصح خلعها ، ويصح خلع الرجعية على الأظهر لأنها زوجة . والثاني : لا لعدم الحاجة إلى الافتداء . وقيل : يصح خلعها بالطلقة الثالثة دون الثانية لتحصل البينة الكبرى . وإذا قلنا : لا يصح ، فنقل الإمام وغيره عن الأصحاب ، أن الطلاق يقع رجعيّاً إذا قبلت كالسفينة .

فرع

خالع مرتدة مدخولاً بها ، توقف ، فإن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ، تبينا صحة الخلع ولزوم المال المسمى ، وإلا تبينا بطلان الخلع لانقطاع النكاح بالردة ، وكذا الحكم لو ارتد الزوج بعد الدخول ، أو ارتدا معاً ، ثم جرى الخلع ، وكذا لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين ، ثم تخالعا ، وأطلق المتولي أنه لا يصح الخلع بعد^(١) تبديل الدين لأن الملك كالزائل .

(١) في الأصل : بل .

الركن الرابع : العوض هو كالصداق ، فيجوز قليلاً وكثيراً ، عيناً ودينياً ، ويشترط أن يكون معلوماً متمولاً مع سائر شروط الأعواض ، كالقدرة على التسليم واستقرار الملك وغيرهما ، وتفصيله بصور . إحداها : لو خالغ على مجهول ككثوب غير معين ، حصلت البينة ورجع إلى مهر المثل ، ومن المجهول حمل البهيمة والجارية ، سواء قال : خالعتك بما في بطنها أو على حملها . ولو خالغ بألف إلى أجل مجهول ، أو خالغ بشرط فاسد كشرط أن لا ينفق عليها وهي حامل ، أو لاسكنى لها ، أو لأعدة عليها ، أو أن يطلق ضرثها ، بانت بمهر المثل . وحكى المتولي وجهاً ، أنه لا تحصل الفرقة في صورة الجهل وسائر صور فساد العوض ، وكذا لو خالغ ولم يذكر عوضاً بناء على أن الخلع فسخ ، والمذهب الأول .

فرع

خالعها على ما في كفها ولم يعلمه ، أو علمه ولم نصح ببيع الغائب ، بانت بمهر المثل ، وإن علم وصححناه ، بانت بالمسمى . فان لم يكن في كفها شيء ، ففي « الوسيط » أنه يقع الطلاق رجعيّاً ، والذي نقله غيره وقوعه بانئاً بمهر المثل ، ويشبه أن يكون الأول فيما إذا كان عالماً بالخال ، والثاني فيما إذا ظن في كفها شيئاً .

قلت : المعروف الذي أطلقه الجمهور ، كأصحاب « الشامل » و « التتمة » و « المستظهري » و « البيان » وغيرهم ، وقوعه بانئاً بمهر المثل ، وهو مقتضى كلام إمام الحرمين . والله أعلم

الصورة الثانية : خالعهـا على ماليس بال كخمر أو حر ، بانت . وهل يرجع عليها بمهر المثل ، أم يبدل المذكور ؟ قولان . أظهرهما : الأول .

ولو خالع على مغضوب ، فكذلك ، ويفرق بين أن يقول : خالعتك على هذا العبد فبان حرّاً ، وبين قوله : خالعتك على هذا الحر في أصح الطريقين ، كما سبق في الصداق حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية ، لفساد الصيغة ، وكذا يفرق بين قوله : خالعتك على هذا العبد فبان مستحقاً ، وبين قوله : خالعتك على هذا المغضوب حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية . وعن القاضي حسين وجه فيما إذا خالع على خمر أو مغضوب : وقع الطلاق رجعياً ، لان المذكور ليس بال ، فلا يظهر طمعه في شيء ، والصحيح الاول ، وبه قطع الاصحاب . ولو خالع على دم ، وقع الطلاق رجعياً ، وعللوه بأنه لا يقصد بحال ، فكأنه لم يطعم في شيء .

والخلع على الميتة ، كالخمر لا كالدّم ، لأنها قد تقصد للضرورة وللجوارح .

الصورة الثالثة : الخلع على مالا يقدر على تسليمه ، ومالا يتم ملكه عليه ، كالخلع على خمر في جريان القولين فيما يرجع به من مهر المثل والبدل .

ولو خالع على عين فتلفت قبل القبض ، أو خرجت مستحقة ، أو معيبة فردها أو فانت منها صفة مشروطة فردها ، فقيم يرجع به القولان . ولو خالعهـا على ثوب في الذمة ووصفه كما ينبغي ، فأعطته ثوباً بالصفة فبان معيباً ، فله رده ويطالب بمثله سليماً كما في السلم .

وإن قال : إن أعطيتني ثوباً بصفة كذا فانت طالق ، فأعطته ثوباً بتلك الصفة ، طلقت . فان خرج معيباً فردّه ، عاد القولان في أنه يرجع بمهر المثل أم بقيمة ذلك الثوب سليماً ؟

الرابعة : التوكيل بالخلع من الجانبين جائز . فأما وكيل الزوج ، فإن قدر له مالاً بأن قال : خالعه بمائة ، فينبغي أن يخالعه بالمائة فأكثر ، ولا ينقص . فإن خالعه بمائة وثوب ، فهو كما لو قال : بع عبدي بمائة فباعه بمائة وثوب وقد سبق .

وإن أطلق التوكيل في الخلع ، فينبغي أن يخالعه بمهر المثل وأكثر ، ولا ينقص . وصورة إطلاق التوكيل أن يقول : وكلتك في خلع زوجتي ، أو خالعه ولا يذكر مالاً ، ويكفي هذا في التصوير إن قلنا : إن مطلق الخلع يقتضي مالاً ، وإن قلنا : لا يقتضيه ، اشترط أن يقول : خالعه بمال .

فإن نقص الوكيل عن المائة في صورة التقدير ، فالنص لا يقع الطلاق ، وإن نقص عن مهر المثل في صورة الإطلاق ، فالنص وقوعه .

وللأصحاب فيه طوق ، مجموعها خمسة أقوال . أظهرها : يقع الطلاق في صورة الإطلاق بمهر المثل ، ولا خيار للزوج ، ولا يقع في صورة التقدير عملاً بالنصين ، لتصريح المخالفة في صورة التقدير . والثاني : لا يقع فيها كالمخالفة في البيع . والثالث : يتحتم وقوع الطلاق بائناً فيها ، ويتخير الزوج بين المسمى ومهر المثل . والرابع : يتخير بين المسمى وبين ترك العوض ، وجعل الطلاق رجعياً . والخامس : إن رضي بالمسمى ، فذاك ، وإلا فلا طلاق .

وخلع الوكيل بغير نقد البلد ، أو غير جنس المسمى ، وبالمؤجل ، كخلعه بدون المقدر أو دون مهر المثل ، ففيه الخلاف المذكور .

وأما وكيل الزوجة^(١) ، فإما أن يقدر له العوض ، وإما لا .

الحالة الأولى : قدرت فقالت : اختلعي بمائة ، فإن اختلعه بها أو بما دونها

(١) في الأصل : وكيل الزوج .

بالوكالة عنها ، نفذ . والقول في أنه هل يطالبه الزوج يأتي في « فصل خلع الأجنبي » إن شاء الله تعالى .

وإن اختلع بأكثر من مائة وأضاف إليها فقال : اختلعها بكذا من مالها بوكالتها ، فالمنصوص وقوع الطلاق بائناً . وخرج المزي قولا أنه لا يقع الطلاق . ونقل الحناطي قولا ، أنه يقع ولا يلزمها ولا الوكيل شيء . والمشهور حصول البينة . فعلى هذا ، يلزمها مهر المثل على الأظهر ، وهو نصه في « الاملاء » . ونص في « الأم » ، أنه يلزمها أكثر الأمرين بما سمته هي ، ومن أقل الأمرين من مهر المثل ، وما سماه الوكيل . فإن كان مهر المثل زائداً على ما سماه الوكيل ، لم تجب الزيادة على ما سماه على هذا القول ، وكذا لو كان ما سماه الوكيل أكثر من مهر المثل ، لم تجب الزيادة . فلو سميت مائة ومسمى الوكيل مائتين ، ومهر المثل تسعون ، فالواجب تسعون على القول الأول ، ومائة على الثاني .

ولو كان مهر المثل مائة وخمسين ، فالواجب مائة وخمسون على القولين . ولو كان مهر المثل ثلاثمائة ، لم يجب على القول الثاني إلا مائتان . وحكى قول ثالث ، أنها بالخيار ، إن شاءت أجازت بمسمى الوكيل ، وإن شاءت ردت وعليها مهر المثل . وأما مطالبة الوكيل بما عليها ، فقال الأصحاب : لا يطالب إلا أن يقول : إني ضامن فيطالب بما سمي ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب في طرقهم ، وفي « المختصر » تعرض لمثله ، وفي « المحرد » للحناطي قول شاذ ، أنه لا أثر لهذا الضمان . وقال الإمام : ينبغي أن يكون أثر الضمان في مطالبته بما تطالب به المرأة ، ولا تطالب بزيادة عليه وهذا ضعيف .

ثم إذا غرم الوكيل للزوج ، قال البغوي : لا يرجع عليها إلا بما سمت ،
ويجيء فيه قول انه يرجع بالواجب عليها وهو مهر المثل أو أكثر الأمرين كما
سندكره إن شاء الله تعالى فيما إذا اختلع ولم يصف إليها .

أما إذا اختلع وأضاف إلى نفسه ، فهو اختلاع أجنبي والمال عليه .

ولو أطلق ولم يصف إليها ولا إليه ، فإن قلنا بالمشهور ، فعلى الوكيل ماسماه ،
وفيما عليها منه قولان . أظهروا : عليها ما سمت والباقي على الوكيل ، فعلى هذا
لو طالب الزوج الوكيل به ، رجع على الزوجة بما سمت . والثاني : عليها أكثر
الأمرين مهر المثل وما سمت . فإن بقي شيء مما [سمي] ^(١) فعلى الوكيل .
وإن زاد مهر المثل على ما سمي الوكيل ، لم تجب تلك الزيادة ، لأن الزوج رضي
بما سمي الوكيل . ولو أضاف ما سمته إليها والزيادة إلى نفسه ، ثبت المال كذلك .

ولو خالف الوكيل في جنس العوض بأن قالت : خالع على دراهم ، فخالع
بدنانير أو ثوب ، فوجهان . أحدهما عن القاضي حسين : ينصرف الاختلاع عنها
فيلغو إن أضاف إليها ، ويقع عن الوكيل إن أطلق . وأصحها وبه قطع البغوي ،
تحصل البينونة ، ثم ينظر ، إن أضاف الخلع إلى مالها . ولم يقل : وأنا ضامن ،
فالرجوع عليها بمهر المثل على الأظهر ، وبأكثر من مهر المثل وبدل ما سمت في
القول الثاني . وإن قال : وأنا ضامن أو لم يصف العقد إليها ، لم يرجع إلا
ببدل ما سمت .

الحالة الثانية : إذا أطلقت التوكيل ، فمقتضاه الاختلاع بمهر المثل . فان نقص

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

عنه أو ذكر فيه أجلاً ، فقد زادها خيراً ، وإن زاد على مهر المثل ، فهو كما لو قدرت فزاد على المقدور ، وحكمه ماسبق ، لكن لا يجيء قول وجوب أكثر الأمرين .

فرع

اختلفوا وكيلاً بخمر أو خنزير ، بانت ولزمها مهر المثل ، سواء أطلقت التوكيل ، أو سميت الخمر والخنزير . وقال المزني : لا يصح التوكيل إذا سميت الخمر ، ولا ينفذ معه خلع الوكيل . ولو خالع وكيل الزوج على خمر أو خنزير ، وكانت قد وكله بذلك ، فقد طرد أبو الفرج الزاز فيه مذهبننا ومذهب المزني .

فروع

في فتاوى البغوي

قالت لو كيلها : اختلعتني بطلقة على ألف ، فاختلفها بثلاث طلاقات على ألف ، فإن أضاف إليها ، لم يقع إلا طلقة ، وإلا وقع الثلاث ، وليس عليها إلا ثلث الألف ، لأنه لم تحصل مسائلها إلا بثلاث الألف ، وعلى الوكيل البقية . وفي هذا نظر ، وسيأتي إن شاء الله تعالى أنها لو قالت : طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً ، وقع الثلاث واحدة منها بالألف ، وفيها أنها لو قالت : اختلعتني من زوجي بثلاث على ألف ، فاختلفها واحدة على ألف ، فإن أضاف إليها ، لم يقع ، وإلا وقع وعلى الوكيل ما سماه .

وأن الرجل لو قال لو كيله : خالعها ثلاثاً بألف ، فخالع واحدة على ألف ، وقع لأنه زاد خيراً .

وأنه لو وكله بتطبيقها بألف ، ووكل آخر بتطبيقها بألفين ، فأبها سبق وقع الطلاق باسمي . وإن أوجبا معاً ، فقالت : قبلت منكما ، أو كانت وكلت

وكيلين أيضاً ، فقبل وكيلاها من وكيه معاً ، لم يقع شيء ، كما لو وكل رجلاً ببيع عبده بألف ، وآخر ببيعه بألفين فعقدا معاً لا يصح البيع .

وفي فتاوى القفال ، أنه لو وكله بتطليق زوجته ثلاثاً ، فطلقها واحدة بألف ، وقعت رجعية ولا يثبت المال ، ومقتضى هذا أن يقال : لو طلقها ثلاثاً بألف ، لا يثبت المال أيضاً ، ولا يبعد أن يقال : يثبت المال وإن لم يتعرض الزوج له كما لو قال : خالعها بمائة فخالع بأكثر .

الركن الخامس : الصيغة ، ولا بد منها ، ويشترط أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي ، فإن تخلل كلام كثير ، بطل الارتباط بينهما ، وإن تخلل كلام يسير ، لم يضر على الصحيح .

فصل

سألت زوجها طلاقاً بعوض ، وارتدت عقب السؤال ثم أجابها ، فينظر ، إن كان قبل الدخول ، تنجزت الفرقة بالردة فلا مال عليها ولا طلاق . وإن كان بعد الدخول ، فالطلاق موقوف . فإن أصرت حتى انقضت العدة ، فلا مال ولا طلاق . وإن أسلمت قبلها ، تبينا وقوع الطلاق ولزمها المال ، وحسبت العدة من وقت الطلاق .

ولو قالت له امرأتاه : طلقنا بألف ، ثم ارتدتا ثم أجابها ، فإن لم يكن دخل بها ، لغا الطلاق ، وكذا لو كان دخل بهما وأصرتا حتى انقضت العدة . وإن أسلمتا قبلها ، تبينا وقوع الطلاق عليها .

وهل العوض الواجب على كل واحدة مهر المثل ، أم نصف المسمى ، أم حصتها ^(١) منه إذا وزع على مهر مثلها ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الأول . وإن أصرت إحداها وأسلمت الأخرى ، لم يقع الطلاق على المصرة ، ويقع على المسلمة ، وفيما يلزمها الأقوال . وفي وجه يلزمها كل المسمى ، حكاه الحناطي .

ولو ارتدت إحداها ثم أجابها وكان قبل الدخول أو بعده وأصرت حتى انقضت العدة ، طلقت المسلمة دون المرتدة .

ولو ابتدأ الزوج فقال طلقتكما بألف ، فارتدتا ، ثم قبلتا ، فإن لم يدخل بها أو دخل وأصرتا ، لغا الخلع . وإن دخل بها وأسلمتا في العدة ، طلقتا ، وإن أسلمت إحداها وأصرت الأخرى ، لم تطلق واحدة منها ، كما لو قبلت إحداها دون الأخرى ، وقد سبق أنه إذا ابتدأ الزوج بالإيجاب ، فلا بد من قبولها ^(٢) بخلاف ما إذا ابتدأتا .

ولو خاطبها كما ذكرنا وارتدت إحداها ثم قبلتا ، فإن كانت المرتدة غير مدخول بها ، أو مدخولاً ^(٣) بها وأصرت حتى انقضت العدة ، فلا طلاق فيها . وإن أسلمت في العدة ، طلقتا . ولو ارتدتا بعد الدخول ثم قالتا : طلقنا بألف فأجابها ثم أسلمتا ، طلقتا . وحكى الحناطي خلافاً ، في أنه يقع رجعيّاً أم يبدل ، وهذا الخلاف عجيب .

قلت : الصواب وقوعه بائناً يبدل ، كما أشار إليه الرافعي . والله أعلم

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : حصتها .

(٢) في الأصل : قبولها .

(٣) في الأصل : أو مدخول .

فصل

قال الزوج : خالعتك بألف درهم ، فقالت : قبلت الألف ، ففي « فتاوى القفال » أنه يصح ويلزم الألف وإن لم تقل : اختلعت . وكذا لو قال الأجنبي : خالعت زوجتي بألف ، فقال : قبلته . وإن أبا يعقوب غلط فقال في حق المرأة : يشترط قولها : اختلعت ، ولا يشترط في الأجنبي .

فصل

قالت : طلقني على ألف ، فقال : طلقتك ، كفى وإن لم يسم المال ، كذا أطلقوه ، ويمكن جري خلاف فيه .
ولو قال المتوسط لها : اختلعت نفسك منه بكذا ؟ فقالت : اختلعت ، ثم قال للزوج وهو في المجلس : خالعتها ؟ فقال : خالعت ، صح الخلع على المذهب ، وبه قطع البغوي [قال البغوي : (١)] ولو لم تسمع المرأة قول الزوج ، وسمع السفير كلامها ، كفى ، والإسماع ليس بشرط ، ألا ترى أنه إذا خاطب أمم فأسمعه غير المخاطب وقبل ، صح العقد .

فصل

إذا طلقها على عوض أو خالعا ، فلا رجعة له ، سواء كان العوض صحيحاً ، أو

(١) زيادة من غلطوط الظاهرية .

فاسداً ، سواء قلنا : الخلع فسخ أو طلاق . فلو قال : خالعتك أو طلقتك بدينار على أن عليك الرجعة ، فنقل الربيع والمزني ، أنه يقع الطلاق رجعياً ولا مال . وخرج المزني ونقل الربيع قولاً آخر أنه يلغو شرط الرجعة ، وتحصل بينونة بهر المثل . فقال ابن سلمة وابن الوكيل : في المسألة قولان ، وبه قطع الإمام والبخاري ، ورجحا بينونة بهر المثل ، وذهب ابن سريج وأبو إسحاق وجمهور الأصحاب إلى القطع بوقوعه رجعياً بلا مال . ولو خالعا بمائة على أنه متى شاء رد المائة ، وكان له الرجعة ، نص الشافعي رحمه الله أنه يفسد الشرط ، وتحصل بينونة بهر المثل ، ف قيل بطرد الخلاف . وقيل بالجزم بالمنصوص ، لأنه رضي بسقوط الرجعة هنا ، ومتى سقطت لا تعود .

فصل

لو وكل امرأة بطلاق زوجته أو خلعها ، صح على الأصح ، وقيل : لا ، لأنها لا تستقل . ولو وكلت الزوجة امرأة باختلاعها ، جاز بلا خلاف ، ويجوز أن يكون وكيل الزوجة والزوج ذمياً ، لأنه قد يخالع المسلمة ويطلقها ، ألا ترى أنها لو أسلمت وتخلف ، فخالعها في العدة ثم أسلم ، حكم بصحة الخلع ، ويجوز أن يوكل الزوج بالخلع العبد والمكاتب ، والسفيه المحجور عليه ، ولا يشترط إذن السيد والولي ، لأنه لا يتعلق في الخلع عهدة توكيل ^(١) الزوج ، ولا يجوز أن يوكل المحجور عليه في القبض . فإن فعل وقبض ، ففي « التتمة » أن المختلع يبرأ ، ويكون الزوج مضياً لماله . ولو وكلت المرأة في الاختلاع عبداً ، جاز سواء أذن السيد أم لا . فإن كان الاختلاع على عين مالها ، فذاك . وإن كان على

(١) في الأصل : بوكيل .

مال في الذمة ، نظر ، إن أضافه إليها ، فهي المطالبة . وإن لم يصف بل أطلق ، فإن لم يأذن السيد في الوكالة ، جاز للزوج مطالبة بالمال بعد العتق . وإذا غرم ، رجع على الزوجة إذا قصد الرجوع . وإن أذن في الوكالة ، تعلق المال بكسبه ، كما لو اختلعت الأمة بإذن السيد . وإذا أدى من كسبه ، ثبت الرجوع على الموكلة . ولو وكلت في الاختلاع مجبوراً عليه لسهه ، قال البغوي : لا يصح . وإن أذن الولي ، فلو فعل وقع الطلاق رجعيّاً ، كالختلاع السفهية ، وهذا على ما ذكره المتولي فيما إذا أطلق . وأما إذا أضاف المال إليها ، فتحصل بينونة ويلزمها المال إذ لا ضرر على السفهية .

فرع

الواحد لا يتولى طرفي الخلع بالوكالة ، كالبيع وسائر العقود . فلو وكل الزوجان رجلاً تولى ما شاء من الطرفين مع الزوج الآخر أو وكيله . وقيل : يجوز أن يتولى طرفي الخلع ، لأن الخلع يكفي فيه اللفظ من جانب ، والإعطاء من جانب . وعلى هذا ، ففي الاكتفاء بأحد شقي العقد خلاف ، كبيع الأب ماله لولده ، والصحيح الأول .

فصل

يجوز أن يكون عوض الخلع منفعة ، ويصح عقد الإجارة عليها . فلو خالها على إرضاع ولده أو حضائه مدة معلومة ، جاز ، سواء كان الولد منها أو من غيرها ، ويشبه أن يكون الجمع بينها واستتباع أحدها إذا أفرد على ماسبق في الإجارة . وفي إبدال الصبي المعين وانفساخ العقد بموته ، خلاف سبق في الإجارة .

والمذهب الانفساخ ، وهو المنصوص في «المختصر» وأكثر الكتب ورجحه الجمهور .
وامتناع الصبي من الارتضاع والتقام الثدي ، كالموت . فإن قلنا بالانفساخ ،
فذلك فيما بقي من المدة ، ولا يفسخ في الماضي على المذهب . وقيل : قولان من
تفريق الصفقة ، فإن انفسخ فيما مضى رجع عليها بمهر المثل على الأظهر . وعلى القول
الآخر ، بأجرة مثل الارتضاع تلك المدة ، وعلى الزوج لها أجرة الارتضاع في المدة
الماضية . وإن لم تنفسخ في الماضي ، فعلى الأظهر يرجع بقسط المدة الباقية من
مهر المثل إذا وزع مهر المثل على المدتين . وعلى الثاني : يرجع بأجرة مثل ما بقي
من المدة . وإن قلنا : لا يفسخ العقد ، فإن أتى بصبي مثله لترضعه ، فذاك ،
وإن لم تأت به مع الإمكان حتى مضت المدة ، فوجهان . أحدهما : يبطل حقه
ولا شيء عليها ، كما لو لم ينتفع المستأجر بعد قبضه العين ، تستقر عليه الأجرة .
والثاني : يلزمها قسط المدة الباقية من مهر المثل إذا وزع على المدتين ، كما إذا
تلف المبيع في يد البائع ، يكون من ضمانه وإن تمكن المشتري من القبض ،
وهذا أصح عند الشيخ أبي حامد . ومقتضى كلام البغوي ترجيح الاول .

قلت : الأصح الوجه الثاني . والله أعلم

ولو لم يأت بصبي آخر لعجزه ، فقد قطع البغوي وغيره ، بأن الحكم فيه
[كما] ^(١) إذا حكمنا بالانفساخ ، والوجه أن يطرد فيه الخلاف ، ولا فرق بين
العجز وعدمه كما سبق في «الإجارة» فيما لو تلف الثوب المعين للخياطة وقلنا : لا تنفسخ
الإجارة ، فلم يأت المستأجر بثوب مثله حتى مضت مدة الإجارة ، فإن في استقرار
الأجرة وجهين ، سواء امتنع من الإبدال لعجزه أو مع القدرة .

(١) زيادة من غظوظات الظاهرية .

قلت : الصحيح ، ما جزم به البغوي وموافقوه . والله أعلم

فرع

لو أضاف إلى الإرضاع والحضانة نفقته مدة ، بأن خالها على كفالة ولده عشر سنين ، ترضعه منها سنتين ، وتنفق عليه تمام العشر وتحضنه ، نظر ، إن بين النفقة كل يوم من الطعام والأدم كالزيت واللحم ، وكسوته كل فصل أو سنة ، وكان ذلك مما يجوز السلم فيه ، ووصفه بالاوصاف المشروطة في السلم ، ففي صحة الخلع بما سمي طريقان . أصحابها : القطع بالصحة ، لأن المقصود الكفالة ، وهذه الأمور تابعة . والثاني : على قولين - لأنه جمع بين بيع وإجارة ، ولأنه سلم في أجناس - . أظهرهما : الصحة أيضاً .

فإن أبطلناه ، فهل يرجع بمهر المثل أم يبدل الأشياء المذكورة ؟ قولان . أظهرهما : الأول ، ومنهم من قد طع به هنا ، لأنه لو رجع إلى بدل الأشياء لأثبتناها . وإن صححنا ، فهو في الطعام والشراب ، فيخير بين أن يستوفيه بنفسه ويصرفه إلى الولد ، وبين أن يأمرها بالرف إليه . قال ابن الصباغ : ينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور ، فيما إذا أذن الحاكم للملتقط في الانفاق على اللقيط من ماله ، بشرط الرجوع .

قلت : ليس هو مثله ، بل يجوز هذا قطعاً والفرق ظاهر . والله أعلم

ثم إن عاش الولد حتى استوفى المنفعة والعين ، فذاك ، فان خرج زهيداً وفضل من المقدر شيء ، فهو للزوج ، وإن كان رغبياً واحتاج إلى زيادة ، فهي على الزوج .

وإن مات الولد ، فله حالان .

أحدهما : أن يموت قبل تمام مدة الإرضاع ، ففيه الخلاف السابق في انفساخ العقد ، وجواز الإبدال ، فان حكمنا بالانفساخ ، ومنعنا الإبدال ، انفسخ فيما بقي من المدة ، وفي انفساخه فيما مضى وفي الطعام والكسوة خلاف تفريق الصفقة . والأظهر عدم الانفساخ . وإذا قلنا : لا ينفسخ ، استوفى الزوج الطعام والكسوة ، ويرجع بما انفسخ العقد فيه من المدة إلى أجرة المثل في قول ، وإلى حصته من مهر المثل على الأظهر ، ويان الحصة بأن يُقوّم الطعام والأدم والكسوة ، وما مضى من المدة ، وما بقي ، ويعرف نسبة قيمة الباقي من المدة من الجميع ، فيجب من مهر المثل بتلك النسبة . وإذا قلنا : يتعدى الانفساخ إلى المدة الماضية والنفقة ، رجع إلى مهر المثل على الأظهر ، وإلى بدل الجميع على الثاني ، وترجع الزوجة بأجرة ما مضى من مدة الإرضاع ، وقد يقع التقاص ، هذا هو المذهب . وعن القاضي أبي الطيب ، أن الواجب قسط ما سوى المدة الماضية من مهر المثل ، وتسقط حصتها وتجعل منفعتها مستوفاة .

الحال الثاني : أن يموت بعد ارتضاعه المدة بكاملها ، فيبقى استحقاق النفقة والكسوة ، وهل يتعجل الاستحقاق أم يبقى منجماً كما كان ؟ وجهان . أصحابها : الثاني .

ولو انقطع جنس بعض الاشياء المذكورة ، ففيه القولان السابقان في انقطاع المسلم فيه . أحدهما : ينفسخ العقد . فعلى هذا ينفسخ في المنقطع ، ولا ينفسخ في الأعيان المقبوضة على الأظهر ، كما لو اشترى عبدین ، فقبض أحدهما وتلف الآخر

ولا في الحضانة والارضاع على المذهب ، بعد ما بينها ، فإن حكم بالانفساخ في الجميع غرم لها بدل ما استوفى من العين والمنفعة ، وله عليها مهر المثل على الاظهر . وفي قول : بدل المسمى . وإن قلنا : لا يفسخ إلا في المنقطع ، رجع إلى حصته من مهر المثل على الاظهر ، وإلى بدل المنقطع في قول . والقول الثاني في الاصل وهو الاظهر ، أن انقطاع السلم فيه لا يقتضي الانفساخ ، لكن يثبت له خيار الفسخ ، فله الفسخ في الجميع . وهل له الفسخ في المنقطع وحده ؟ فيه الخلاف السابق فيمن اشترى عشرين فوجد أحدهما معيباً وأراد إفراذه بالرد ، قال المتولي : وله الفسخ في الاعيان دون المنافع على المذهب بعد ما بينها جنساً وعقداً . وإذا أفرد المنقطع بالرد وجوزناه ، فقياً يرجع به القولان . هذا كله إذا كان المذكور بما يجوز السلم فيه ، ووصف بالصفات المشروطة في السلم فيه ، فإن لم توصف ، أو كان بما لا يجوز السلم فيه كالثياب المخيطة ، والمحشوة ، والطبوخ والمشوي من الطعام ، فالمسمى فاسد ، والرجوع إلى مهر المثل بلا خلاف .

الباب الثالث

في بيان الألفاظ الملزمة ومقتضاها^(١)

فيه أطراف .

الأول : في الالفاظ الملزمة وفيه مسائل .

إحداها : صيغة المعاوضة ملزمة ، فإذا قال : طلقك ، أو أنت طالق على ألف ،

فقبلت ، صح الخلع ولزم الالف . ولو قال : أنت طالق وعليك ألف ، أولي

(١) في الأصل : ومقتضاها .

عليك ألف ، نظر ، إن لم يسبقه استيجاب بل ابتداء الزوج به ، وقع الطلاق رجعيًا قبلت أم لا ، ولأمال ، بخلاف قولها : طلقني ولك علي ألف فأجابها فإنه يقع بائناً بالألف ، لان المتعلق بها من عقد الخلع الالتزام ، فيحمل لفظها عليه ، والزوج ينفرد بالطلاق . فإذا لم يأت بصيغة المعاوضة ، حمل على ما ينفرد به وصيغته خبر . فلو قال : أردت بقولي : وعليك ألف الإلزام^(١) وقصدت ما يقصده القائل بقوله : طلقتك علي ألف ، لم يصدق . فان وافقته ، فوجهان . أحدهما : لا يؤثر توافقهما ، لان اللفظ لا يصلح للإلزام .^١ وأصحها : يؤثر فتبين بالألف . فعلى الاول لا يحلفُ على نفي العلم إذا أنكرت ، لانها لو صدقته^(٢) لم تؤثر . وعلى الثاني ، يحلف . ومقتضى الثاني انعقاد البيع بقوله : بعتك ولي عليك [كذا] ، تقريباً على انعقاد البيع بالكناية ، أما إذا سبق استيجاب ، فان لم تذكر عوضاً بأن قالت : طلقني ، فحكمه كما لو لم تطلب . وإن ذكرته مبها بأن قالت : طلقني بيدل ، فان عين الزوج البدل في الجواب فقال : طلقتك وعليك ألف ، فهو كما لو ابتداء فقال : طلقتك علي ألف ، فإن قبلت ، بانت بالألف ، وإلا فلا طلاق . وإن أبهم الجواب فقال : طلقتك بالبدل ، أو طلقتك ، بانت بمهر المثل . وإن عينت البدل ، فقالت : طلقني ، فقال : طلقتك وعليك ألف ، بانت بالألف وذكر المتولي أنه لو لم يسبق منها طلب ، وشاع في العرف استعمال هذا اللفظ في طلب العوض وإلزامه ، كانت كقوله : طلقتك علي ألف . ولو اختلفا ، فقال الزوج : طلبت مني الطلاق بيدل ، فقلت في جوابك : أنت طالق وعليك ألف ، فقالت : بل ابتدأت فلا شيء لك ، صدقت بيمينها في نفي العوض^(٣) ولا رجعة له لقوله .

(١) في الأصل : الالتزام .

(٢) في الأصل : صدقت .

(٣) في إحدى نسخ الظاهرية : العد

المسألة الثانية : قال : أنت طالق أو طلقتك على أن لي عليك ألفاً ، فهو كقوله : أنت طالق على ألف . فإذا قبلت ، بانت ولزمها المال ، وهذا هو الصواب المعتمد ، وهو نصه في « الأم » وفي « عيون المسائل » ؛ وقطع به صاحب « المذهب » وسائر العراقيين . ومقتضاه انعقاد البيع بقوله : بعتك هذا على أن يكون لي عليك ألف ، وأدنى درجاته أن يجعل كناية في البيع . وقال الغزالي : يقع الطلاق رجعيّاً ولا مال . قال : فان فسر بالإلزام ، ففي قبوله وجهان . قال صاحب « التقریب » : لا ، وغيره : نعم .

الثالثة : قال : أنت طالق إن ضمننت لي ألفاً ، أو إن ضمننت لي ألفاً فأنت طالق ، فقالت في مجلس التواجب : ضمننت ، طلقت ولزمها ألف . ولو قالت : متى ضمننت لي ألفاً فأنت طالق ، لم يعتبر المجلس بل متى ضمننت طلقت ، وليس للزوج الرجوع قبل الضمان . ولو أعطته المال ولم تقل : ضمننت أو قال : شئت بدل ضمننت ، لم تطلق . ولو ضمننت ألفين ، طلقت لوجود الصفة المعلق عليها مع زيادة ، بخلاف قوله : طلقتك على ألف ، فقالت : قبلت بألفين ، لأن تلك صيغة معاوضة فيشتروط فيها توافق الإيجاب والقبول .

فرع

قال الزوج لها : أمرك بيدك ، أو جعلت أمر الطلاق إليك ، فطلقني نفسك إن ضمننت لي ألفاً ، فقالت : ضمننت وطلقت نفسي ، أو قالت : طلقت وضمننت ، بانت بالألف ، ويكون الضمان والطلاق مقترنين ، سواء قدمت لفظ الطلاق ، أو الضمان ، كما لو قال : طلقتك إن ضمننت لي ألفاً ، فقالت : ضمننت ، يقع الطلاق ويثبت المال مقترنين ، وإن تعاقب اللفظان ، فلو ضمننت ولم تطلق ، أو طلقت

ولم تضمن ، لم يقع الطلاق . وإذا جمعتها ، اشترط كون الضمان في المجلس قطعاً ، ويشترط كون التعليل في المجلس أيضاً على المذهب ، ولا يشترط إعطاء المال في المجلس قطعاً . وهل المراد بالمجلس مجلس التواجب ، أم مجلس القعود ؟ وجهان . أصحابها : الأول ، وقد سبق في أول الكتاب . ولا يخفى أن المراد بالضمان في هذه المسائل القبول والالتزام ^(١) دون الضمان المفترق إلى أصل .

الرابعة : سبق أنه إذا علق الطلاق بالإعطاء ، لا يقع إلا بالإعطاء في المجلس على الصحيح ، إلا إذا كان بصيغة « متى » وما في معناها ، فلا تختص بالمجلس ، وكل ذلك جارٍ في قوله : **إن أقبضتني كذا ، أو أدبت ^(٢) إلي كذا .** ولو قال : **أنت طالق إن شئت ، أو أنت طالق على ألف إن شئت ،** اشترط وجود مشيتها في مجلس التواجب ، بخلاف التعليق . كسائر الصفات ، لانه استدعاء لجوابها واستبانة رغبته . وحكى الحناطي قولاً أنه لا يشترط المجلس ويقع الطلاق متى شاءت ، كسائر التعليق والمجلس مجلس التواجب على الصحيح كما سبق . وإذا قالت في المجلس : **شئت وقبلت ،** فقد تم العقد فتطلق ويلزم المال ، ولا يشترط تسليم المال في المجلس . وإن اقتصر على قولها : **شئت ، أو قبلت ،** فثلاثة أوجه . أصحابها عند الغزالي : يكفي ، لان كلامها يشعر بالرضى والالتزام ، وهذا مقتضى كلام الشيخ أبي حامد . والثاني : لا بد من الجمع بينها ، لانه لو اقتصر على قوله : **أنت طالق [كان جوابها قبلت ، ولو اقتصر على قوله : أنت طالق] ^(٣) إن شئت ،** كان جوابها شئت ، فاذا جمعها ، اشترط جمعها في الجواب . والثالث : يكفي قولها : **شئت ،**

(١) في الأصل : الالتزام .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : **أو إن أدبت إلي .**

(٣) الزيادة من غطوطات الظاهرية .

ولا يكفي قولها : قبلت ، لان القبول ليس مشيئة ، ولهذا لو قال : أنت طالق إن شئت ، فقالت : قبلت ، لم تطلق ، وبهذا قطع المتولي ، واختاره الإمام فيما حكى عنه المعلق .

قلت : هذا الثالث ، هو الأصح بل الصحيح . والله أعلم

فعلى الثالث : لا رجوع للزوج على قاعدة التعليقات ، وعلى الثاني : في جواز رجوعه وجهان ، لتردده بين التعليق والمعاوضة . ولو علق طلاقها بالمشيئة بصيغة « متى » طلقت متى شاءت ، ولا يختص بالمجلس كسائر الصفات . ولو قالت : طلقني بألف درهم ، فقال : أنت طالق على ألف إن شئت ، فليس بجواب لها لما فيه من التعليق ، فيتوقف على مشيئة مستأنفة . ولو نكّر فقال : على ألف ونوى ما ذكرت ، فكذلك الحكم . وإن نوى غير الدراهم ، فقد نقل الحناطي أنه يقع طلاق رجعي ، ولا بدل ، وخرج من عنده أنه لا طلاق حتى يتصل ^(١) به القبول والمشيئة ، كما لو ابتداء به ، وهذا هو القياس الحق . ولو لم ينو شيئاً ، فقد حكى وجهين في وقوعه رجعياً أو بائناً ، ووجهين إن وقع بائناً في أن الواجب مهر المثل أم المسمى ؟ ومقتضى جعله مبتدئاً أن لا يقع الطلاق إلا أن يتصل به قبول ومشيئة .

الخامسة : في حقيقة الإعطاء المعلق عليه . فإن سلمت المال إليه فقبضه ، فذاك ، وإن وضعته بين يديه ، كفى ووقع الطلاق وإن امتنع من قبضه على الصحيح ، لأنها أعطته وهو يفوت حقه . وقيل : لا يكفي الوضع ، فلا يقع به الطلاق ، وهو ضعيف غريب . فإذا أعطته ، دخل في ملكه على الصحيح .

(١) في الأصل : يبطل .

وقيل : لا بل يردده ، ويرجع بمهر المثل ، ويجري هذا الوجه في قوله : إن ضمننت لي ألفاً فأنت طالق ، فقالت : ضمننت ، لأن لزوم المال بمجرد قولها بعيد ، كدخوله في ملكه بمجرد الإعطاء . وإذا قال : متى أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فبعثته على يد وكيلها ، فقبضه الزوج ، لم تطلق ، لأنها لم تعط هي ، وكذا لو أعطته عن الألف عوضاً ، أو كان لها عليه ألف درهم فتقاصا ، لم تطلق . ولو حضرت وقالت لو كيلها الحافظ لما لها : سلم إليه ، فسلمه ، طلقت وكان تمكينها الزوج من المال المقصود إعطاء ، قاله المتولي . ولو علق الطلاق بالإقباض فقال : إن أقبضتني كذا فأنت طالق ، فوجهان . أصحابها وبه قطع المتولي : أنه تعليق محض ، لأن الإقباض لا يقتضي التمليك ، بخلاف الإعطاء . فعلى هذا ، لا يملك المقبوض وليس له مهر المثل ، بل يقع الطلاق رجعياً . ولا يختص الإقباض بالمجلس كسائر التعليقات . والثاني : أن الإقباض كالإعطاء على ما ذكرناه فيه . ولو قالت : إن قبضت منك كذا ، فهو كقوله : إن أقبضتني ، ويعتبر في القبض الأخذ باليد ، ولا يكفي الوضع بين يديه ، لأنه لا يسمى قبضاً ، ولو بعثته مع وكيلها ، لم يكف . ولو قبض منها مكرهة ، طلقت لوجود الصفة . وفي التعليق بالإعطاء ، لو أخذ منها كرها ، لم تطلق لأنها لم تعطه . وذكر المتولي ، أن ما ذكرناه في التعليق بالإقباض مفروض فيما إذا لم يسبق منه كلام يدل على الاعتياض بأن يقول : إن أقبضتني كذا وجعلته لي أو لأصرفه في حاجتي وما أشبه ذلك .

قلت : هذا الذي ذكره المتولي ، متعين . والله أعلم

والأداء والدفع والتسليم ، كالإقباض .

فرع

قال : إن أعطيتني ألفاً ، فانت طالق ، فأعطت ألفين ، طلقت ، لأن وقوع الطلاق هنا بمحكم التعليق ، وإعطاء الألفين يشتمل على إعطاء الألف ، وكذا لو قال : إن ضمننت لي ألفاً فضمنت ألفين ، ويلغو ^(١) ضمان الزيادة على ألف . وإذا قبض زيادة على القدر المعلق به ، كانت أمانة عنده ، ويخالف هذا قوله : خالعتك بألف فقالت : قبلت بألفين ، فإنها لاتطلق لعدم موافقة الإيجاب .

السادسة . في بيان ما ينزل عليه الدرهم . إذا علق الطلاق بأعطائه ، وما يقبل تفسيره ، وقد سبق في « الزكاة والإقرار » قدر الدرهم الإسلامي ، واسم ^(٢) الدرهم هنا يقع على ذلك القدر من الفضة الخالصة المضروبة ، سواء كان نوعه جيداً ، أو رديئاً ، لسواد أو خشونة أو غيرهما . فإذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فانت طالق ، طلقت بأي نوع أعطته . لكن إذا كان في البلد نقد غالب ، فانت بغيره ، طولبت به ، لأن المعاملات تنزل على النقد الغالب ، والخلع فيما يتعلق بالمال كسائر المعاملات . وفي قول : يرجع بمهر المثل ، والمشهور الأول . فإن قلنا بالرجوع إلى مهر المثل ، فالمعطى غير مملوك ، وإن قلنا بالرجوع إلى الغالب ، فالمعطى مملوك للزوج ، وله رده والمطالبة بالغالب . وذكر في « الوسيط » : أنه لا يملكه ويجب الإبدال ، والصحيح الأول . ثم العادة الغالبة ، إنما تؤثر في المعاملات ، لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج هناك ، ولا تؤثر في الإقرار والتعليق ، بل يبقى اللفظ على عمومته فيها . أما في التعليق ، فلقطة وقوعه ، وأما

(١) في الأصل : ويغلو .

(٢) في الاصل : وأسلم .

في الإقرار ، فلأنه إخبار عن وجوب سابق ، وربما تقدم الوجوب على الضرب
الغالب ^(١) ، أو وجوب في بقعة أخرى . ولو قال : طلقك على ألف ، فهذا
ليس بتعليق ، فينزل على الغالب على قاعدة المعاملات .

فرع

لو كان الغالب في البلد دراهم عددية ناقصة الوزن أو زائدته ، لم ينزل الإقرار
والتعليق عليها ، لأن الغلبة لا تؤثر فيها ، واللفظ صريح في الوازنة ، وفي تنزيل
البيع والمعاملات عليها وجهان . أحدهما : المنع ، لأن اللفظ صريح في القدر
المذكور ، والعرف لا يغير المسمى وإن كان يخص بعض الأنواع . وأصحها : التنزيل
عليها ، لأنها التي تقصد في مثل هذه البلدة . وفي قبول تفسير المقر بالناقص
خلاف وتفصيل سبق في الإقرار . ولو فسر المعلق بالدرهم المعتادة ، فإن كانت
زائدة ، قبل على المذهب ، وإن كانت ناقصة ، قبل قطعاً ، لأنه توسيع لباب الطلاق .

فرع

لو أتت بدراهم مغشوشة ، فإن كان الغالب في البلد المغشوشة ، فقد أطلق
الغزالي أنه لا ينزل اللفظ عليها ، فلا يقع الطلاق إلا إذا أعطته الحالصة ، لكن
تسترد ما أعطته وتعطيه مغشوشة . ومن قال بهذا قال : التفسير بالمغشوشة
كالتفسير بالناقصة . فان قلنا : التفسير بهما ، فهل تراجع ليعبر عن مقصوده ، أم
تأخذ بالظاهر إلا أن يفسر ؟ فيه احتمالان في « البسيط » .

(١) في الأصل : للغالب .

قلت : أفقهها : الثاني . والله أعلم

وقطع المتولي والبغوي ، بأن اللفظ ينزل على المغشوشة ، ويقع الطلاق إذا أعطت مغشوشة ، وهل تسلم له الدرامم بذلك ؟ قال المتولي : يبني على جواز المعاملة بالمغشوشة . إن لم نجوزها ، رد الدرامم ولزمها مهر المثل ، وإلا سلمت له الدرامم ، ويشبه أن يكون ما ذكره الغزالي أصح . أما إذا كان الغالب في البلد الدرامم الخالصة ، فلا تطلق إلا إذا أعطت ما تبلغ نقرته ألفاً . وفي وجه لا يقع الطلاق وإن بلغته ، كما لو أعطته سبيكة . فان قلنا بالصحيح وهو الوقوع ، فهل يملك الزوج المدفوع إليه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن المعاملة تنزل على الغالب . والثاني : [نعم]^(١) ، لأن قبضها اعتبر في وقوع الطلاق ، وكذا في إفادة الملك ، لكن له الرد بسبب العيب . فاذا رد ، رجع إلى مهر المثل على الاظهر ، وإلى ألف خالصة في قول .

ولك أن تقول : ينبغي أن لا يملك الغش نفسه في هذه الصورة ، لأنه إذا بلغت الفضة الخالصة ألفاً ، بقي الغش شيئاً آخر مضموماً ، فلا يملكه كما لو ضمت إلى الألف ثوباً .

قلت : ظاهر كلام القائل بالملك ، أنه لا ينظر إلى الغش لحقارته في جنب الفضة ، ويكون تابعاً كما سبق في مسألة نعل الدابة . والله أعلم

وأما المعاملة بالدرامم المغشوشة ، فذكرناها في كتابي الزكاة والبيع ، والأصح الجواز .

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

السابعة : قال : إن أعطيتني عبداً أو ثوباً فأنْت طالق ، ووصفه بما يعتبر في السلم ، فأنْت به بالصفة ، طلقت ، وملكه الزوج كما قلنا في الدراهم ، وإن أعطته على غير تلك الصفة ، لم تطلق ولا يملكه . فلو كان بالصفة لكنه معيب ، فله الخيار . فان رده ، رجع بمهر المثل على الأظهر ، وبقيته سليماً في قول ، وليس له المطالبة بسليم بالصفة ، وفي كتاب الحناطي وجه أنه لا يرد العبد ، بل يأخذ أرش العيب وهو ضعيف . أما إذا قال : إن أعطيتني عبداً ولم يصف ، فأعطته عبداً لها ، طلقت لوجود الصفة ولا يملكه ، لان الملك فيه يكون معاوضة ، والمجهول لا يكون عوضاً ، فيجب مهر المثل قطعاً . وحكى ابن كج والحناطي وجهاً ، أنه يقع الطلاق رجعيّاً ، ولا شيء عليها ، وإنما يلزمها العوض إذا ابتدأت فسألت طلاقاً بعوض ، فقال في جوابها : إن أعطيتني عبداً فأنْت طالق فأعطت ، والصحيح الاول ، وسواء إن أعطت سليماً أو معيباً ، أو قناً أو مدبراً أو معلقاً عتقه على صفة ، لوقوع اسم العبد عليه ، وإمكان نقله وتقليكه . فان أعطته مكاتباً ، لم تطلق . وكذا لو قال لاجنبي : إن أعطيتني أمة ، فامرأتني طالق ، فأعطاه أم ولده . وأشير في المكاتب إلى وجه . ولو وصف العبد ولم يستوعب صفاته ، فهو كعدم الوصف في أن الرجوع إلى مهر المثل ، لكن لو أعطته عبداً بغير الصفة ، لم تطلق مثل أن يقول : إن أعطيتني عبداً تركياً ، فأعطته هندية . ولو أنت بعبد مغضوب ، أو مشترك لها ولغيرها ، أو قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنْت بدراهم مغضوبة ، فوجهان . أحدهما : يقع الطلاق ويرجع بمهر المثل . وأصحها : لا يقع لانه لا يسمى إعطاءً ، وطرد الخلاف في العبد المرهون والمستأجر .

قلت : يجري الخلاف في المستأجر إذا لم يجوز بيعه ، وإلا فهو كغيره .
والله أعلم

ولو قال : إن أعطيتني هذا العبد المغصوب فأعطته ، وقع الطلاق بائناً على المذهب ، ويرجع بهر المثل . وقيل : لا يقع ، وقيل : يقع رجعيّاً . ولو قال : إن أعطيتني زق خمر أو خنزيراً ، فأنت طالق ، فقد سبق أنها إذا أتت به ، بانت ووجب مهر المثل . فان أنت بخمر مغصوبة ، بأن كانت محترمة أو لذمي ، فان قلنا في العبد المغصوب : يقع الطلاق ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان . أصحها : الوقوع ، لان الإعطاء هنا مضاف إلى ما يتأتى تملكه . والثاني ، المنع ويحمل على ما يختص به يداً ، كما حمل لفظ العبد على ما اختصت به ملكاً . ولو قال : إن أعطيتني هذا الحر ، فتلاثة أوجه . أصحها : يقع الطلاق بائناً بهر المثل . والثاني : لا يقع . والثالث : يقع رجعيّاً ، لانه لا يملك بحال ، فالزوج لم يطمع بشيء . ولو قال : إن أعطيتني هذا العبد أو الثوب فأنت طالق ، فأعطته ، طلقت وملكه ، فان خرج مستحقاً أو مكاتباً ، فوجهان . أحدهما : لا يقع الطلاق . وأصحها : وقوعه للإشارة ، ويرجع بهر المثل على الاظهر ، وبقيته في قول . وإن وجدته معيباً ، فله رده ، وفيما يرجع به القولان . أظهرهما : مهر المثل . والثاني : قيمته سليماً . وقيل : ليس له الرد بل يرجع بالأرش ، والصحيح الاول . قال البغوي : ولو قال لزوجه الامه : إن أعطيتني ثوباً فأنت طالق ، فأعطته ، لم تطلق لانها لم تملكه ^(١) فان قال : هذا الثوب فأعطته طلقت ، وفيما يرجع به القولان . وهذا تفريع منه على المذهب في الثوب المطلق والمعين ، ولا يخفى مما تقدم أن الإعطاء في جميع صور المسألة ينبغي أن يقع في المجلس .

الثامنة : قال : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي ، فأنت طالق ، فأعطته وبان مروياً ، لم تطلق . وإن قال : إن أعطيتني هذا الثوب الهروي فبان مروياً

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : لا تملكه .

أو بالعكس ، طلقت على الاصح ، لأنها ليست صيغة شرط بل أخطأ في الوصف .
ولو خالعهما على ثوب هروي ووصفه كما ينبغي ، فأعطته ثوباً بالصفة ، فبان
مروياً ، رده وطالبها بهروي بالصفة . ولو خالعهما على ثوب بعينه على أنه هروي فبان
مروياً ، وقعت البينونة وملكه الزوج ، وإخلاف الصفة ككعب ، فله خيار
الحلف . وقيل : إن لم تنقص قيمته عن الهروي ، فلا خيار لأن الجنس واحد
ولا نقص ، والصحيح الأول . فان رد ، رجع بمهر المثل على الأظهر ، وبقيمة هروي
في الثاني . فان وجد به عيباً بعد تلفه أو تعيبه في يده وتعذر الرد ، رجع بقدر
النقص من مهر المثل على الأظهر ، ويقدر ما نقص من القيمة في الثاني ، وليس
له هنا طلب هروي لأنه معين هنا^(١) بالعقد . قال أبو الفرج السرخسي : وهذا على
قولنا : إن اختلاف الصفة ليس كاختلاف العين وهو الأظهر ، كما سبق في النكاح .
فان قلنا : هو كاختلاف العين ، فالعوض فاسد فليس له إمساكه ، ويرجع بمهر المثل
على الاظهر ، أو قيمة الثوب مروياً على قول . ولو خالعهما على ثوب معين ،
على أنه كتان فخرج قطناً أو بالعكس ، فوجهان . أحدهما وبه قطع البغوي :
أنه كاختلاف الصفة ، فيكون حكمه ما سبق في خروجه مروياً . وأصحها وبه
قطع الشيخ أبو حامد وسائر العراقيين : أن العوض فاسد وتقع البينونة بمهر المثل
على الاظهر ، وبقيمة ثوب كتان في قول ، وليس له إمساكه ، وهؤلاء قالوا :
لو باعه على أنه كتان فبان قطناً ، بطل البيع . ولو قالت : خالعتني على هذا
الثوب فانه هروي ، فخالعهما عليه فبان مروياً ، فهو كما لو قال : خالعتك عليه
على أنه هروي ، لأنها غرته . قال المتولي : لو قالت : هذا الثوب هروي فقال :
إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق ، فأعطته فبان مروياً ، بني على المتواطىء عليه

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : متعين

قبل العقد ، كالمشروط فيه أم لا ؟ إن قلنا ، نعم ، لم يقع الطلاق ، وإلا وقع ، وليس له إلا ذلك الثوب . ولو قال : خالعتك على هذا الثوب وهو هروي فبان خلافه ، فلا رد لانه لا تغير من جهتها ، ولا اشتراط منه ، وكذا لو قال : خالعتك على هذا الثوب الهروي ، كذا ذكره البغوي . فان قيل : قوله : وهو هروي أفاد الاشتراط في قوله : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي ، حتى لم يقع الطلاق إذا لم يكن هروياً ، فلم لم يفد الاشتراط في قوله : خالعتك على هذا الثوب وهو هروي ، حتى يتمكن من الرد إذا لم يكن هروياً ، كما لو قال : خالعتك عليه على أنه هروي ؟ فالجواب أن قوله : وهو هروي دخل هناك على كلام غير مستقل ، لان قوله : إن أعطيتني هذا الثوب غير مستقل ، فيتقيد بما دخل عليه وتامه بالفراغ من قوله : فأنت طالق . وأما قوله : خالعتك على هذا الثوب ، فكلام مستقل ، فجعل قوله بعده : وهو هروي جملة مستقلة ، ولم يتقيد بها الاول ، وبالله التوفيق .

الباب الرابع

في سؤال المرأة الطلاق بمال ، واختلاع الأجنبي

فيه أطراف .

الأول : في ألفاظها وفيه مسائل .

الأولى : إذا قالت : طلقني بكذا ، أو على كذا ، أو على أن علي كذا ، أو على أن أعطيك كذا ، أو أن أضمن لك ، أو إن طلقني ، أو إذا طلقني ، أو متى طلقني ، فلك علي كذا ، فهذه كلها صيغ صحيحة في الالتزام ، ويختص الجواب في

المجلس بلاخلاف ، في « متى » وغيرها ، بخلاف قول الرجل : متى أعطيتني ، وقد سبق الفرق .

الثانية : قالت : إن طلقني فابراً من صداقي ، أو فقد أبرأتك ، فقال : طلقتك ، وقع الطلاق رجعياً ولم يبرأ من الصداق ، لأن الإبراء لا يصح تعليقه ، وطلاق الزوج طمعاً في البراءة من غير لفظ ، صحيح في الالتزام لا يوجب عوضاً ، وهذا تقرير على الجديد الاظهر أن تعليق الإبراء لا يصح ، وكان لا يبعد أن يقال : طلق طمعاً في عوض ، ورغبت هي في الطلاق بالبراءة فيكون فاسداً كالمحرر .

الثالثة : قالت : طلقني ولك علي ألف ، فقال طلقتك ، بانت ولزمها الألف ، لأنها صيغة التزام . وقيل : لا يثبت العوض ، بل إن اقتصر على قوله : طلقتك ، وقع رجعياً ، وإن قال : طلقتك على ألف ، احتاج إلى قبولها ، والصحيح الأول . قال المتولي . ويقرب من هذا قولها : طلقني وأضمن لك ألفاً . ولو قالت : وأعطيك ألفاً ، فالاصح أنه إذا طلقها مطلقاً ، وقع رجعياً ، لأن لفظ الضمان يشعر بالالتزام ، بخلاف الإعطاء ولم يطردها الوجه المذكور هنا في الجعالة ، بل لو قال : رد عبدي ولك علي كذا ، فردّه ، لزم المال بلاخلاف ، ولو قال المشتري : بعني هذا ولك علي كذا ، فقال : بعته ، فوجهان : أحدهما : ينعقد كالاختلاع والجعالة ، وهذا هو المذكور في فتاوى القفال ، والثاني : لا ، لأنه يحتمل فيها مالا يحتمل في البيع ، كالتعليق ، وفيما علق عن الامام ، أن هذا أصح . ويشبه أن يكون الوجهان في أنه هل هو صريح ؟ فأما كونه كناية ، فينبغي أن يكون متفقاً عليه .

الرابعة : قالت : طلقني على ألف ، أو أنت بصيغة أخرى صريحة^(١) في الالتزام ،

فإن أجابها وأعاد ذكر المال ، فذاك ، وإن اقتصر على قوله : طلقته ، كفى وانصرف إلى السؤال على الصحيح ، وقيل : يقع الطلاق رجعيًا ولا مال . ولو قال : قصدت الابتداء دون الجواب ، قبل وكان رجعيًا ، فإن اهتمته ، حلفته .

الخامسة : اللفظ الدائر بين الزوجين ، إن كان صريحاً منها ، فذاك ، وإن كان لفظها كناية ، بأن قالت : أبني ، قال : أبنتك ، فإن نوى الطلاق ، نفذ ولزم المال إن ذكرها مالاً . وإن لم ينو الزوج ، فلا فرقة ، وإن نوى دونها ، نظر ، إن جرى ذكر المال في السؤال والجواب ، لم يقع الطلاق ، لأنه ربط الطلاق بالمال وهي لم تسأل الفراق ، ولم تلتزم المال في مقابله ، وإن لم يجر ذكر المال في الطرفين وقع طلاق رجعي ، وإن ذكر هو المال دونها ، فلا طلاق ، لأنها لم تسأل فرقة ، وهو إنشاء فرقة على مال ، ولم يتصل به قبول . وإن ذكرت هي المال ، فقالت : أبني على ألف ، فقال : ابنتك ، فلا طلاق على الأصح ، كما لو ذكر المال . وقيل : يقع رجعيًا كما لو قال : قصدت الابتداء دون الجواب ، فإنه يقع رجعيًا قطعاً .

أما إذا كان لفظ أحدهما صريحاً والآخر كناية ، فالكناية مع النية كالصريح ، ودون النية لغو . وعن ابن خيران ، أنها لو قالت : طلقني فقال : أبنتك ونوى ، لم يقع ، لأن الصريح أقوى ، فالماضي به غير المسؤول ، والصحيح الأول .

الطرف الثاني : في سؤاها عدداً ، فيه مسائل .

إحداها : قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، أو على ألف ، أو ولك علي ألف ، أو إن طلقني ثلاثاً ، فلك علي ألف ، فطلقها واحدة ، ففيه أربعة أوجه . الصحيح أنه يقع طلقة بثلاث الألف ، والثاني : لا يقع طلاق . والثالث : يقع طلقة بمهر

المثل ، والرابع : طلبة بثلث مهر المثل. حكى الخناطي الأخيرين . فعلى الصحيح لو طلقها طلقين ، استحق ثلثي الألف . وإن طلق طلبة ونصفاً ، فهل يستحق ثلثي الألف ، أم نصفه ؟ وجهان .

قلت : الثاني أرجح . والله أعلم

ولو قالت : طلقني ثلاثاً بألف وهو لا يملك إلا طلبة ، فطلقها تلك الطلبة ، فقد نص الشافعي رحمه الله أنه يستحق جميع الألف ، لأنه حصل بتلك الطلبة مقصود الثلاث وهو البينة الكبرى .

وللأصحاب أوجه . أصحابها عند القفال والشيخ أبي علي وكبار الأصحاب وأكثرهم : وجوب جميع الألف ، كما نص عليه ، سواء علمت أنه لم يبق إلا طلبة أم ظنت بقاء الثلاث ، والثاني : لا يستحق إلا ثلث الألف في الحالين وهو قول المزني وابن خيران ، والثالث : إن علمت استحق الألف ، وإلا فثلثه ، قاله ابن سريج وأبو إسحاق . والرابع : يستحق مهر المثل ، قاله صاحب « التلخيص » . والخامس : لا يستحق شيئاً ، لأنه لم يطلق كما سألت ، حكاهما الخناطي . ولو سألت الثلاث بألف ولا يملك إلا طلقين ، فطلقها واحدة ، فله ثلث الألف على الأصح المنصوص ، وكذا على الثاني ، وله النصف على الثالث إن علمت ، وإلا فالثلث .

وإن طلقها الطلقين ، فعلى النص له الألف ، وعلى الثاني ثلثاه ، وعلى الثالث إن علمت ، فالألف ، وإلا فثلثاه ، وزاد الخناطي وجهاً رابعاً ، وهو الرجوع بمهر المثل ، وخامساً : وهو ثلثا مهر المثل ، وسادساً : وهو أنه لاشيء له . ولو قالت : طلقني عشراً بألف ، فإن كان يملك الثلاث ، فالأصح الأشهر الجاري على قياس النص ، أنه يستحق بالواحدة عشر الألف ، وبالثنتين عشريه ، وبالثلاث جميع

الالف . وقيل : إن كان التوزيع على الثلاث والزيادة لغو ، فيستحق بالواحدة الثلث ، وبالطقتين الثلثين ، وطرد الوجهان على قياس قول المزي . فعلى الأشهر تستحق بالثلاث ثلاثة أعشار الالف . وعلى الثاني تستحق الجميع توزيعاً على العدد الشرعي . وعلى قول من فرق بين العلم والجهل ، تستحق بالثلاث الجميع ، وبالواحدة الثلث ، وبالثنتين الثلثين ، لحصول العلم بأن الطلاق لا يزيد على ثلاث وأن الزيادة لغو . فإن ظنت أنه يملك عشراً ، بأن كانت قرية عهد بالإسلام ، فالقياس عود الوجهين في أنه يجب ثلاثة أعشار الالف أم الجميع ؟ ولو لم يملك إلا طقتين فسأله عشراً ، فعلى قياس النص ، إن طلقها واحدة ، استحق عشر الالف أو الثلث . وإن طلق ثنتين ، فتمام الالف . وعلى قياس المزي ، المستحق العشر أو العشران على الأشهر ، والثلث أو الثلثان ^(١) على الوجه الآخر . وعلى قول الفارق إن علمت ، فله بالواحدة النصف ، وبالثنتين الجميع . وإن ظنت أنه يملك الثلاث ، فبالواحدة الثلث ، وبالثنتين الثلثان . قال الأصحاب : والضابط على النص ، أن الزوج إن ملك العدد المسؤول كله فأجابها ، فله المسمى ، وإن أجابها ببعضه ، فله قسطه بالتوزيع . وإن ملك بعض المسؤول ، فإن تلفظ بالمسؤول أو حصل مقصودها بما أوقع ، فله المسمى ، وإلا فيوزع المسمى على العدد المسؤول على الأشهر . وعلى قول المزي ، التوزيع على المسؤول أبداً ، وكذا الحكم على الوجه الفارق إن جهلت . فإن علمت ، فالتوزيع على المملوك دون المسؤول ، فلو ملك الثلاث فسأله ستاً بالالف ، فعلى النص وقول المزي : له بالواحدة السدس ، وبالثنتين الثلث . فإن طلق ثلاثاً ، فعلى النص : له الجميع ، وعند المزي : له النصف وعلى الوجه : له بالواحدة الثلث ، وبالثنتين الثلثان ، وبالثلث الجميع .

(١) في الأصل : والثلث والثلثان .

المسألة الثانية : قالت : طلقني ثلاثاً بألف وهو يملك الثلاث^(١) فقال : أنت طالق واحدة بألف وثنيتين بجائاً ، فنقل الفوراني والصيدلاني والقاضي حسين وغيرهم ، أن الاولى تقع بثلاث الالف ، لانها لم ترض بواحدة إلا بثلاث الالف كالجعالة ، ولا يقع الاخران لانها بانت بالاولى . وقال الإمام : القياس الحق ، أن لا يجعل كلامه جواباً لها ، لانها سألت كل واحدة بثلاث الالف وهو لم يرض إلا بالالف ، وإذا لم يوافق كلامه سؤالها ، كان مبتدئاً ، فإذا لم تقبل ، لاتقع الطلقة ، كما لو قالت : طلقني واحدة بثلاث ألف ، فقال : طلقتك واحدة بألف ، لا يقع . وإذا لم تقع الواحدة ، وقع الاخران رجعتين ، وتابعه الغزالي وغيره على ما قال ، وهو حسن متجه ، والاول بعيد ، وأبعد منه ما في « التهذيب » ، أنه تقع الواحدة بالالف ، ولا تقع الاخران ، ولعله غلط من الناسخ . ولو سأله الثلاث بألف ، فقال : طلقتك واحدة بثلاث الالف ، وثنيتين بجائاً ، فقد وافق كلامه ما اقتضاه السؤال من التوزيع ، وزال الإشكال ، فتبين بالاولى ، ولا تقع الاخران ، ونقل الائمة : إن أمكن تأويله على هذه الصورة فليفع . ولو قال : طلقتك ثنتين بألف وواحدة بجائاً ، فعلى الاول : تقع الثنتان بثلاثي الالف ، وعلى الثاني : لا يقعان . ولو قال : طلقتك واحدة بجائاً وثنيتين بثلاثي الالف ، أو ثنتين بجائاً وواحدة بثلاث الالف ، وقع ما أوقعه بجائاً ، ويبنى ما بعده على مخالفة الرجعية إن كانت مدخولاً بها ، والجديد صحته . فعلى هذا : تقع الثنتان بثلاثي الالف ، وعلى القديم : يقعان بلاعوض لما سبق أن خلع الرجعية على هذا كالسفينة ، وإن لم تكن مدخولاً بها ، بانت بما أوقعه بجائاً ، فلا يقع ما بعده .

(١) في الأصل : الثلاث .

ولو قال : طلقك واحدة مجاناً وثلثين بالالف ، ففي « التهذيب » أنه ، وإن كان بعد الدخول ، وقعت الاولى مجاناً والثلثان بثلثي الف ، ولا يستحق تمام الف وإن حصل غرضها ، لان ذلك إنما يكون إذا وقع المملوك من الطلاق في مقابلة المال ، وهنا أوقع بعض المملوك مجاناً .

واعلم أن الإشكال الذي ذكره الإمام يعود هنا ، لأنها لم ترض بالطلقتين إلا بثلثي الف وقد أوقعها بألف ، فوجب أن يجعل كلاماً مبتدأ . فأما إذا لم يتصل به قبول ، لغا . وفي « التهذيب » أيضاً أنه لو قال : طلقك ثلاثاً ، واحدة بألف ، وقع الثلاث واستحق ثلث الف ، ويعود فيه الإشكال .

المسألة الثالثة : قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق ثلاثاً ، وقع الثلاث واستحق الف . وهل الف في مقابلة الثلاث أم الواحدة ؟ وجهان . ظاهر النص : ثانيها ، ولا يتعلق بالخلاف فائدة حكمية . ولو قال : بعني هذا العبد بألف ، فقال : بعته مع هذين العبدتين بألف ، فالبيع باطل على الصحيح ، لانه معاوضة محضة بخلاف الخلع ، فإنه كالجماعة . وقيل : يصح البيع في الجميع ، وقيل : يصح في العبد المسؤول خاصة . ولو أعاد في الجواب ذكر الف . فقال : طلقك ثلاثاً بألف ، فهل يقع الثلاث بألف ، أم الثلاث بثلث الف ، أم واحدة بثلث الف ولا يقع الاخران ، أم لا يقع شيء أصلاً ؟ فيه أربعة أوجه .
أصحها : الاول .

وينبغي أن تطرد هذه الواجهة فيما إذا لم يعد ذكر الف . ولو قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق طلقين ، فقياس ما تقدم أنه تقع الطلقتان ويستحق الألف ، وفيه احتمال للإمام ، إذ لم تحصل بينونة الكبرى ، فلا يستحق شيئاً لأنه خالف ولم تحصل بينونة الكبرى .

الرابعة : قالت : طلقني بألف ، فقال : طلقتك ، أو أنت طالق بخمسة ، فهل يقع الطلاق بخمسة أم بألف ويلغى قوله : بخمسة لأنها بانت بقوله : طلقتك واستحق الألف ، أم لا يقع طلاق للمخالفة كما لو خالفت في قبولها ؟ فيه ثلاثة أوجه .
أصحها : الأول ، وبه قال ابن الحداد . ولو قال : بعني عبدك بألف ، فقال : بعنك بخمسة ، لم ينعقد البيع على الأصح ، لأنه معاوضة محضة . وقيل : يصح بخمسة .

الخامسة : قالت : طلقني على كذا درهما ، فطلقها على دينار ، كان مبتدأ بكلامه ، فينظر ، أيتصل به قبول أم لا ؟

ولو قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق وطاق وطاق ، سئل ، فإن قال : أردت مقابلة الأولى بالألف ، وقعت الأولى بالألف ولم تقع الاخرى . وإن قال : أردت الثانية بالألف ، وقعت الأولى رجعية ، ويجيء في الثانية القولان في خلع الرجعية ، فإن صحناه ، لغت الثالثة ، وإلا ، فلا . وإن قال : أردت الثالثة ، وقعت الأوليان بلاعوض ، وفي الثالثة الخلاف . وإن قال : أردت مقابلة الجميع بالألف ، وقعت الأولى بثلاث الألف ، ولغت الاخرى ، وإن لم يكن له نية ، قال البغوي : بانت الأولى بالألف ، لأنه جواب لقولها ، ولغت الاخرى . وذكر صاحب « المذهب » مثل هذا التفصيل فيما إذا ابتدأ فقال : أنت طالق وطاق وطاق بألف ، وليشترط فيه مطابقة القبول للإيجاب . ولو قال في جوابها : أنت طالق طالق طالق ^(١) واحدة بألف ، انقطع احتمال مقابلة الجميع بالألف ، والباقي كما ذكرناه .

(١) في نسخ الظاهرية : أنت طالق ، وطاق ، وطاق .

هذا إذا كانت مدخولاً بها ، فإذا لم تكن ، وأراد مقابلة غير الأولى بالألف ،
بانت الأولى ، ولغا ما بعدها . ولو قالت له وهو لا يملك إلا طلبة : طلقني طلقين .
بألف ، فقال : طلقك طلقين ، الأولى منها بألف ، والثانية مجاناً ، استحق الألف ،
وإن قال : الثانية منها بألف ، وقعت الأولى بلا عوض ولغت الثانية ، وإن قال :
إحداها بألف ، أو اقتصر على قوله : طلقك طلقين ، سئل ، فإن قال : أردت
الأولى والثانية ، فعلى ما ذكرنا ، وإن قال : لم أنو شيئاً ، ففي استحقاقه المال
وجهان ، أصحها : نعم لمطابقة الجواب السؤال .

ولو أعاد ذكر المال ، فقال : طلقك طلقين بألف ، فهل يستحق خمسمائة
عملاً بالتوزيع ، أم ألفاً لحصول البينة الكبرى ؟ وجهان . أصحها : الثاني ، وبه
قال أبو زيد .

فرع

لو لم يملك إلا طلبة ، فقالت : طلقني ثلاثاً بألف طلبة ، أحرم بها في الحال ،
وطلقين يقعان علي إذا نكحتني بعد زوج ، أو تكونان في ذمتك تنجزهما حينئذ ،
فطلقها ثلاثاً ، وقعت الواحدة ، ولغا كلامها في الآخريتين .

ثم النص في « المختصر » : أن للزوج مهر المثل ، وللأصحاب طريقات .
أحدهما : هذا ، وأصحها على قولي تفريق الصفقة للجمع بين مملوك وغيره ، فإن
أبطلنا ، فله مهر المثل ، وإن صححنا ، فلها الخيار في العوض لتبعض مقصودها ،
فإن فسخت ، فله مهر المثل ، وإن أجازت ، فهل يميز بكل الألف ، أم بثلثه
عملاً بالتقسيط ؟ قولان كالبيع ، ومنهم من قطع هنا بالتقسيط ، لأن المشتري بالفسخ

يدفع العقد من كل وجه ، والطلاق هنا لامدفع له ، فيبعد إلزامها ^(١) بواحدة ما التزمته للثلاث .

السادسة : قالت : طلقني نصف طلاقه بألف ، أو طلق نصفي ، أو يدي ، أو رجلي بألف ، فأجابها بذلك ، أو قال ابتداء : طلقتك نصف طلاقه ، أو طلقك نصفك بألف ، فقبلت ، فلا يخفى أن الطلاق يقع مكتملاً ، وكذا لو كان ذلك بلفظ الخلع وجعلناه طلاقاً . ثم الواجب في هذه الصور ، مهر المثل على الصحيح لفساد صيغة المعاوضة .

ولهذا لو قال : ~~بعتك~~ هذا نصف بعة ، أو بعته لنصفك أولئك ، لم يصح البيع . وإذا فسدت الصيغة ، تعين مهر المثل ، وإنما يجيء الخلاف في الرجوع إلى مهر المثل وبديل المسمى إذا كان الفساد في المسمى . وحكى الإمام وجهاً واختاره : أنه يجب المسمى ، لان الشرع كمل ذلك المبعوض فصار كتكميلها .

الطرف الثالث : في تعليقها بزمان وفيه مسائل .

الأولى : قالت : طلقني غداً ولك علي ألف ، أو إن طلقني غداً فلك علي ألف ، أو قالت : خذ هذا الألف علي أن تطلقني غداً فأخذه ، لم يصح ، ولم يلزم الطلاق ، لانه سلم في الطلاق والطلاق لا يثبت في الذمة .

ثم إن طلقها في الغد أو قبله ، وقع الطلاق بائناً ولزمها المال ، لانه إن طلق في الغد ، فقد حصل مقصودها . وإن طلق قبله ، فقد زادها كما لو سألت طلاقه فطلق ثلاثاً . فلو قال : أردت الابتداء ، صدق يمينه وله الرجعة ، وفي المال الواجب طريقتان . المذهب والمنصوص : مهر المثل . والثاني : قولان . ثانيها : المسمى .

(١) في الأصل : التزامها .

وهل يفرق بين أن يطلقها عالماً بطلان ما جرى ، وبين تطليقها جاهلاً بطلانه ؟ قال القاضي حسين والبغوي : يفرق ولا يلزمها شيء إذا طلقها عالماً ، بل يقع رجعيّاً ، وضعفه الإمام ، واستشهد بالحلل على الحُر وسائر الأعواض الفاسدة ، فإنه لا فرق في ثبوت المال بين العلم والجهل . وإن طلقها بعد مضي الغد ، نفذ رجعيّاً ، لأنه خالف قولها ، فكان مبتدئاً ، فإن ذكر مالاً ، اشترط في وقوعه القبول .

الثانية : قالت : لك ألف إن طلقني في هذا الشهر ولم تؤخر تطليقي عنه ، أو قالت : خذ هذا الألف على أن تطلقني في هذا الشهر متى شئت ، فهو باطل وأولى بالبطلان من مسألة (١) الغد ، فإن طلقها بعد الشهر كان مبتدئاً ، وإن طلقها في الشهر ، وقع الطلاق بائناً . وفي المال الواجب الطريقتان . ولا يشترط وقوع الطلاق في المجلس ، وقد ذكرنا في الباب الأول ، وفي الطرف الأول من هذا الباب ، أنها إذا قالت : متى طلقني فلك ألف يشترط التطليق في المجلس .

وللأصحاب طريقتان حكاهما الإمام ، أحدهما : طرد القولين فيها ، والمذهب : الفرق ، لأن كلمة « متى » ظاهر في جواز التأخير ، لكن قرينة العوض خصتها بالمجلس عملاً بقاعدة المعاوضات ، وهنا صرحت بجواز التأخير ، فضعفت القرينة عن مقاومة الصريح على طريقة التسوية : هي اشتراط المجلس وعدمه ، والمسمى صحيح في تلك الصورة بلا خلاف .

الثالثة : قالت : طلقني بألف طلاقاً يمتد تحريمه إلى شهر ، ثم أكون في نكاحك حلالاً لك ، فطلقها كذلك ، وقع الطلاق مؤبداً ، وفي قدر المال الواجب

(١) في الأصل : ومن مسألة الغد .

الطريقان ، وطريقة القطع هنا أظهر ، لأن الشرط هنا لا يمكن الوفاء به ، وفساد الشرط يوجب الجهل بالعوض ، فيتعين مهر المثل .

الرابعة : علق طلاقها بصفة وذكر عوضاً فقال : طلقتك إذا جاء غد ، أو رأس الشهر أو دخلت الدار على ألف ، فقبلت ، أو سألته ، فقالت : علق طلاقي برأس الشهر ، أو بدخول الدار على ألف فعلق ، فالصحيح وقوع الطلاق عند وجود المعلق عليه على مقتضى التعليق . وقيل : لا يقع لأن المعاوضة لا تقبل التعليق ، فيمتنع ثبوت المال . وإذا لم يثبت ، لم تطلق لارتباطه ، فإن قلنا بالصحيح ، اشترط القبول على الاتصال ، قال القفال : ويحتمل أنها تخير بين القبول في الحال ، أو عند وجود الصفة ، والمعروف الأول .

ثم الواجب المسمى أم مهر المثل ؟ وجهات . وقيل : قولان ، أصحها عند الجمهور : الأول ، ويجري الخلاف فيما إذا قالت : إذا جاء رأس الشهر وطلقتني ، فلك ألف فطلقها عند رأس الشهر إجابة لها . وقيل : إن ابتدأ الزوج بالتعليق ، وجب المسمى ، وإن ابتدأت بالسؤال ، فمهر المثل . وإذا أثبتنا المسمى ، فتنى يجب ويلزم تسليمه ؟ فيه أوجه . أصحها : في الحال ، واختاره ابن الصباغ ، لأن الأعواض المطلقة يلزم تسليمها في الحال ، والمعوض تأخر بالتراضي . فإن تعذر ^(١) تسليم المعوض ، بأن فارقها قبل وجود المعلق عليه ، لزم رد العوض كما لو تعذر تسليم المسلم فيه .

والثاني : يجب في الحال ، لكن لا يلزم تسليمه إلا عند وجود المعلق عليه لتأخر المعوض .

(١) في الأصل : فإن تأخر .

والثالث : لا يجب إلا عند البينة ، ولا شك أنه لا رجوع لها قبل القبول .
فأما إذا قالت : طلقني غداً ولك ألف ، أو إن طلقني غداً ، فلك ألف ، وهما
الصورتان السابقتان في المسألة الأولى ، فلها الرجوع قبل التطلق ، لأن الجواب
به يحصل وما يستحقه الزوج هناك يستحقه عند التطلق .

الطرف الرابع : في اختلاع الأجنبية ، فيه مسائل .

الأولى : يصح الخلع من الزوج مع الأجنبية ، ويلزم الأجنبية المال ، هذا
إذا قلنا : الخلع طلاق . قال الأصحاب : فان قلنا : هو فسخ ، لم يصح لأن
الزوج لا يتفرد به بلا سبب ، ولا يجيء هذا الخلاف إذا سأله الأجنبية الطلاق فأجابته ،
لان الفرقة الحاصلة عند استعمال الطلاق طلاق بلا خلاف .

الثانية : الخلع مع الأجنبية ، كهو مع الزوجة في الالفاظ والاحكام ، وهو
من جانب الزوج معاوضة فيها معنى التعليق ، ومن جانب الأجنبية معاوضة فيها
ثبوت جعالة . فلو قال الأجنبية : طلق امرأتى عليك كذا ، طلق رجعيأ
ولا مال ، ولو قال الأجنبية : طلقها وعلي ألف ، أو لك ألف فطلق ، وقع
بائناً ولزمه المال . ولو اختلعا عبد ، كان المال في ذمته كما لو اختلعت أمة نفسها .

ولو اختلعا سفيه ، وقع رجعيأ كما لو اختلعت سفيهة نفسها .

الثالثة : لو وكلت الزوجة من يخلعها ، فله أن يخلعها استقلالاً وبالوكالة .
فان صرح بالاستقلال ، فذاك ، وإن صرح بالوكالة ، فالزوج يطالب الزوجة
بالمال ، وإن لم يصرح ونوى الوكالة ، فالخلع لها لكن تتعلق به العهدة فيطالب ،
ثم يرجع عليها . وإن لم يصرح ولانوى شيئاً أصلاً ، فالخلع لها ، لان منفعتها لها
بخلاف نظيره من الوكالة في الشراء . ويجوز أن يوكل الأجنبية الزوجة لتختلع عنه ،
وحينئذ تتخير الزوجة بين أن تختلع استقلالاً أو بالوكالة .

وقول الزوجة لاجنبي : سل زوجي تطليقي على ألف ، توكيل ، سواء قالت : علي أم لا . وقول الاجنبي لها : سلي زوجك يطلقك على كذا ، إن لم يقل : علي ، فليس بتوكيل . فلو اختلعت ، فالمال عليها . وإن قال : علي ، كان توكيلاً . فان أضفت إليه أو نوته ، فالمال على الاجنبي . وقول الاجنبي للأجنبي : سل فلاناً يطلق زوجته على ألف ، كقوله للزوجة ، فيفرق بين قوله : علي وعدمه . ولو اختلع الاجنبي ، وأضاف إليها مصرحاً بالوكالة ، ثم بان كذبه ، لم تطلق ، لانه مربوط بالمال وهو لم يلتزم في نفسه ، فأشبه إذا خاطبها ولم تقبل .

فرع

قال لرجل : بع عبدك لفلان بكذا وعلي ألف ، فباعه ، لم يستحق على القائل شيئاً على الصحيح ، وهو قول الجمهور . قال القاضي أبو الطيب ، وقال الداركي : يحتمل أن يستحق الالف كالتاس الطلاق والعق . ولو قال : بعه عندك بألف في مالي ، لم يستحق على القائل شيئاً .

الرابعة : أبو الزوجة في اختلاعها كلاجنبي ، فإن اختلع بال نفسه ، فذاك ، صغيرة كانت أو بالغة ، وإن اختلع بما لها وصرح بالنيابة أو الولاية ، لم يقع الطلاق كما لو بان كذب مدعي الوكالة في الاختلاع . وإن اختلع بما لها مصرحاً بالاستقلال ، فهو كالاختلاع بمغصوب فيقع الطلاق بمهر المثل على الاظهر ، ويبدل المسمى في قول . ولو اختلع بعبد أو غيره ، وذكر أنه من مالها ولم يتعرض لنيابة ولا استقلال ، وقع الطلاق رجعيّاً كمخالعة ^(١) السفية ، صغيرة كانت الزوجة أم كبيرة ، بكرّاً أم ثيباً .

(١) في الأصل : كمخالفة .

وكذا لو قال للأجنبي^(١) : خالعا على عبدا هذا ، أو صداقا ، وذكرنا في تشبيهه بالسفينة أنه أهل للقبول ، لكنه محجور عليه في مالها ، ولكن هذا ينتقض بالمغصوب ، ولهذا خرج القاضي حسين هنا وجهاً أنه يقع الطلاق بائناً ، ويعود القولان في قدر المال الواجب . والمذهب الفرق ، لأن الأجنبي متبرع بما يبذله لا يحصل له فائدة إذا أضاف إلى مالها ، فقد صرح بتترك التبرع بخلاف اختلاعا نفسها بمغصوب .

وبنى البغوي على هذا الفرق ، أنه لو قال الأجنبي : طلقها على هذا المغصوب ، أو على هذا الخمر ، أو على عبد زيد هذا ، فطلق ، وقع رجعيًا ولأمال ، بخلاف ما إذا التمس المرأة هكذا . ولو اختلع الأب أو الأجنبي بعبدا ولم يذكر أنه من مالها ، فإن لم يعلم الزوج كونه عبدا ، فكالمغصوب ، فيقع بهر المثل على الاظهر ، وإن علم ، فالأصح أنه كالذي لم يعلم . وقيل : المعلوم كالمذكور فيقع رجعيًا ، هذا كله إذا اختلع الأب بغير صداقا ، فإن اختلع به أو على أن الزوج بريء من صداقا ، أو قال : طلقها وأنت بريء من صداقا أو على أنك بريء من صداقا ، فالمنصوص أن يقع الطلاق رجعيًا ، ولا يبرأ عن صداقا ، ولا شيء على الأب . وحكى الإمام وغيره تحريمه على عفو الأب عن صداق الصغيرة ، وإن جوزناه ، صح الخلع ، وإلا فالصحيح وقوعه رجعيًا كما نص عليه باختلاع السفينة . وقيل : لا يقع الطلاق أصلاً كالوكيل الكاذب . فإذا صححنا عفو الولي ، فشرطه كونه قبل الدخول ، وحينئذ يتشطر المهر فيكون العوض أحد الشطرين .

ولو اختلعا بالبراءة عن صداقا وضمن له الدرك ، فالذي أطلقه الجمهور من

(١) في الأصل : الأجنبي .

العراقيين وغيرهم ، أنه لا يبرأ ويقع الطلاق بائناً ، لانه التزم المال في نفسه ، فأشبه الاختلاع بمغضوب . فعلى هذا ، هل الواجب عليه مهر المثل أم بدل الصداق ؟ فيه القولان المعروفان . أظهرهما : الاول . وهكذا الحكم فيما إذا قال الاب أو الاجنبي : طلقها على عبدها هذا وعلي ضمانه . فعلى الاظهر : يلزم مهر المثل . وعلى الثاني : قيمة العبد . والذي قدمناه أنه لا يلزمه شيء ، هو فيما إذا لم يتلفظ بالضمان . وحكى الإمام ، أنه لا أثر لهذا الضمان ويقع الطلاق رجعيًا كما لو قال : طلقها وأنت بريء من الصداق . ووجهاً أنه [إن] ^(١) قال : طلقها وأنا ضامن براءتك ، لغا ووقع رجعيًا إذ لا فائدة فيه . وإن قال : وأنا ضامن للصداق ، إن طولبت به أديته عنك ، وقع ^(٢) بائناً لانه صرح بالمقصود ، إلا أنه التزم فاسد واختار الإمام الغزالي هذا .

ولفظ الضمان هنا ، كهو في قوله : ألتى متاعك في البحر وعلي ضمانه . والمراد به الالتزام دون الضمان المشهور . ولو التمس الطلاق على أنه بريء ، وضمن الدرك ، فقال الزوج في جوابه : إن برئت من صداقها ، فهي طالق ، لم تطلق لأن الصفة المعلق عليها لم توجد .

الباب الخاص

في الاختلاف

فيه مسائل .

الأولى : قالت : خالعتني على كذا ، فأنكر الزوج ، صدق يمينه . ولو كان

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية

(٢) في الأصل : ووقع .

له زوجتان تسميان باسم واحد ، فقال : خالعت فلانة بكذا ، فقبلت إحداها ، فقال الزوج : أردت الأخرى ، وقالت القائلة : بل أردتني ، فهو المصدق ولا فرقة .
ولو قال : طلقتهك بآلف ، فقالت : بلا عوض ، صدقت يمينها في نفي العوض ، ولا يقبل قوله في سقوط سكنائها ونفقتها ، وتحصل البينونة بقوله . ولو قال : خالعتك بالعوض الذي سألت ، فانكرت أصل السؤال ، فكذلك الحكم .

وإن قالت : طلقته^(١) بعد طول الفصل ، وقال : بل في الحال ، فهي المصدقة في نفي المال أيضاً . ولو قال : طلقتهك بعد طول الفصل ولم تقبلي فلي الرجعة ، وقالت : بل طلقته متصلاً بسؤالي ، فلا رجعة لك ، فالمصدق الزوج .

الثانية : اتفقا على الخلع واختلفا في جنس العوض أو قدره أو صفته في الصحة والتكسر والأجل ، ولا بينة ، تحالفا وحصلت البينونة ، وإنما أثر التحالف في العوض . والقول في أنه هل تنفسخ التسمية ، أم تنفسخ إن أصرّا على النزاع ، وفي كيفية اليمين ومن يبدأ به على ما تقدم في البيع وفي الرجوع بعد الفسخ أو الانفساخ إلى مهر كتحالفيها في الصداق ؟ وقيل : يرجع بأقل الأمرين من مهر المثل وما ادعاه . وقيل : بأكثر الأمرين من مهر المثل والمسمى الذي ادعته ، والصحيح الاول . ولو أقام كل واحد بينة بدعواه ، فهل تتساقطان ، أم يقرع ؟ قولان حكاهما الخناطي . وعلى التقديرين ، هل يحلف ؟ وجهان . وعن ابن سريج ، أنه يعمل بأكثر البينتين .

قلت : الاظهر ، أنها يسقطان ولا ترجيح بالكثرة . والله أعلم

ولو خالع أجنبياً واختلفا ، تحالفا وعلى الاجنبي مهر المثل .

(١) في الأصل : طلقني .

الثالثة : سبق أنه لو خالعا على ألف درهم ، وفي البلد نقد غالب نزل عليه فلو لم يكن ، بطلت التسمية ووجب مهر المثل ، فإن نوبا نوعاً ، فالصحيح الاكتفاء بالنية ولزوم ذلك النوع . وقيل : تفسد التسمية ويجب مهر المثل كنظيره في البيع ، والفرق أنه يحتمل هنا ما لا يحتمل في البيع . ولو قال : خالعتك على ألف ولم يذكر جنساً ، فالصحيح أنه كإيهام النوع ، فإن نوبا جنساً ، تعين . وقيل : يتعين هنا مهر المثل لكثرة الاختلاف في الاجناس . ولو قال : خالعتك على ألف شيء فقبلت ، ونوبا شيئاً معيناً ، قال القاضي حسين : التسمية فاسدة لشدة الإجمال ، فيرجع إلى مهر المثل ، ويمكن أن ينزعه غيره . ثم قال الشيخ أبو محمد : إنما يؤثر التعين بالنية إذا تواطأ قبل العقد على ما يقصدانه ولا أثر للتوافق بلا مواطاة ، ولم يعتبر آخرون ذلك ، بل اعتبروا مجرد التوافق .

قلت : هذا الثاني ، هو الاصح . وقول الشيخ أبي محمد هنا ضعيف .

والله أعلم

وإذا عرفت هذه المقدمة ، فلو تخالعا بألف درهم وأطلقا ، فقال الزوج : أردنا بالدرهم النقرة ، فقالت : بل أردنا بها الفلوس أو على ألف ، فقال : أردنا الدنانير أو الدرهم فقالت : أردنا الفلوس ، فالصحيح أنها يتحالفان . وقيل : يجب مهر المثل بلا تحالف .

فلو توافقا على أنه أراد النقرة ، وادعت أنها أرادت الفلوس وقال : بل أردت النقرة أيضاً ، حصلت البيئونة لانتظام الصيغة ومواخذة لها ، وتصدق هي بيمينها . فإذا حلفت ، فلا شيء عليها ، لأنها نفت بيمينها النقرة ، ونفى هو الفلوس . ولو توافقا أنها أرادت الفلوس ، وقال هو : أنا أردت النقرة ، ولا فرقة للمخالفة ، فقالت :

بل أردت الفلوس أيضاً وبنت منك ، حصلت البيئونه ظاهراً لاتفاق اللفظين . وهل للزوج مهر المثل ؟ وجهان ، قال القاضي حسين : نعم للبيئونة ظاهراً ، والذي اختاره الغزالي : لا ، لإنكاره البيئونة وعوضها .

قلت : هذا الثاني هو الاصح ، واختاره أيضاً الإمام . قال الإمام : فات قيل : لو صدقها بعد ذلك في اتفاق النية ، قلنا : إذ ذاك يطالبها بالمسمى المعين لا بمهر المثل . والله أعلم

وفي معنى هذه الصورة ما إذا اتفقا على أنه أراد الدرهم ، وزعم أنها أرادت الفلوس ، ولا فرقة ، فقالت : أردت الدرهم وبنت ، فالفرقة حاصلة ، ويعود الوجهان في ثبوت شيء للزوج ، وبالثبوت قطع البغوي ، وقال : لانحصل الفرقة باطناً إن كان صادقاً . ولو قال : أردت النقرة ولم يتعرض لجانبها ، وقالت : أردت الفلوس ولم تتعرض لجانبه ، حصلت الفرقة . ثم عن القاضي حسين أنها يتحالفان . وفي « البسيط » أن الوجه وجوب مهر المثل ، لانه لا يدعي عليها معيناً حتى تحلف .

قلت : الاصح ، وجوب مهر المثل بلا تحالف . وقد نقل الإمام الاتفاق عليه ، وجعل مخالفة القاضي في التحالف في غير هذه الصورة . والله أعلم

ولو قال أحد المتخالفين : أطلقنا الدرهم . وقال الآخر : عينا نوعاً تحالفا .

الرابعة : قالت : سألتك ثلاث تطبيقات بألف فأجبتي ، فقال : بل سألت واحدة بألف فأجبتك ، فالألف متفق عليه ، لكن اختلفا في المعوض فيتحالفان ، فإذا تحالفا ، فعليها مهر المثل . والقول في عدد الطلاق الواقع قوله يمينه . قال

الحناطي : ولو أقام كل واحد بينة على قوله ، فان اتفق تاريخ البيتين ، تحالفا وإلا فالأسبق تاريخاً مقدمة . ولو قال : طلقك وحدك بألف ، فقالت : بل طلقني وضرتي ، تحالفا وعليها مهر المثل . ولو قالت : سألتك واحدة بألف ، فأجبني فقال : بل طلقك ثلاثاً بألف ، وقع الثلاث ووجب الألف ، ولا معنى لهذا الاختلاف . ولو قالت : سألتك ثلاثاً بألف فطلقني طلقة ، فلك الثلاث فقال : بل ثلاثاً فلي الألف ، فان لم يطل الفصل ، طلقت ثلاثاً ولزمها الألف ، وإن طال ولم يمكن جعله جواباً ، طلقت ثلاثاً باقراره وتحالفا للعوض ، وعليها مهر المثل ، هكذا نص عليه في رواية الربيع . وفيما نقله أبو بكر الفارسي في « عيون المسائل » واختلف الاصحاب ، فأخذت طائفة بالنص ، وقال البغوي : يتحالفان وله مهر المثل ، ولم يفرق بين طول الفصل وعدمه . وقال آخرون : النص مشكل في حالتي الاتصال والانفصال . قال الإمام : ينبغي أن يقال في حالة الاتصال ، إن قال الزوج : ما طلقك من قبل ، والآن أطلقك ثلاثاً على ألف ، تقع الثلاث ويجب الألف ، لان الوقت وقت الجواب . وإن قال : طلقك من قبل ثلاثاً تعذر^(١) ، جعل هذا إنشاءً ، لأنها بانّت قبله ، فيقع الثلاث باقراره ، ولا يلزمها إلا ثلث الألف كما لو قال : إن رددت أعبدني الثلاثة ، فلك الألف ، فقال : رددتهم وقال : ما رددت إلا واحداً . وأما في حال الانفصال ، فيحكم بوقوع الثلاث باقراره وعليها ثلث الألف ، ولا معنى للتحالف ، لان التحالف عند الاختلاف في صفة العقد أو العوض ، [وهما]^(٢) هنا متفقان على أن المسؤول ثلاث ، وأن العوض ألف ،

(١) في الأصل : بقدر .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

وللزوج أن يحلفها على نفي العلم أنه ما طلقها ثلاثاً ، وهذا صحيح وليتأول النص عليه بحسب الإمكان .

فرع

قال الحناطي : قالت : طلقني ثلاثاً بألف فقال : بل طلقتك واحدة بألفين وأقام كل واحد بينة بقوله ، واتفقا أنه لم يطلق إلا مرة ، تحالفا وله مهر المثل .

الخامسة : تحالفا بألف فطالبها به ، فقالت : ضمنه زيد ، لم ينفعها هذا الجواب لان الضمان لا يقطع الطلب عنها ، وكذا لو قالت : قبلت الخلع على أن يزني زيد عني الألف ، وهي في الصورتين مقرة بالألف . ولو قالت : قبلت الخلع بألف لي في ذمة زيد ، ففيه خلاف مبني على بيع الدين ، وحاصله أربعة أوجه .

أصحها : التحالف بناء^(١) على صحة بيع الدين ، والثاني : يجب مهر المثل بلا تحالف ، بناء على منعه ، والثالث : تصدق هي بيمينها ، والرابع : هو بيمينه ، نقلها المتولي بناء على منعه ، وهما الوجهان في الاختلاف في صحة العقد وفساده .

فرع

قال : خالعتك ، فقالت : اختلعتني أجنبي لنفسه بماله ، بانته باعترافه ولا شيء عليها ، ولا على الأجنبي . ولو قالت : اختلعت بوكالة زيد وأضفت إليه ، فهل يتحالفان أم تصدق هي أم هو ؟ فيه أوجه ، أصحها : الأول . ولو قالت : لم أضف ولكن نويت الاختلاع لزيد ، فإن قلنا : تتوجه المطالبة على الوكيل ،

(١) في الأصل : بني .

م ينقطع طلب الزوج بقولها ، وكذا لو أنكر أصل الوكالة . وإن قلنا : لا يطالب ، فهل يتحالفان ، أم تصدق هي ، أم هو ؟ فيه الاوجه .

السادسة : طلقها بألف وأرضعت بنتها زوجة أخرى له صغيرة واختلف المتخالعان ، فقال الزوج : سبق الخلع فعليك المال ، وقالت : بل سبق الإرضاع ، فانفسخ النكاح والخلع لغو ، نظر إن اتفقا على جريان الإرضاع يوم الجمعة مثلاً وادعى تقدم الخلع ، وادعت تأخره ، فالقول قولها بيمينها ، وإن اتفقا على جريان الخلع يوم الجمعة ، وادعى تأخر الإرضاع ، وادعت تقدمه ، فالقول قوله بيمينه ، لأن الأصل استمرار النكاح ، ولأن اشتغالها بالخلع يدل ظاهراً على بقاء النكاح ، كما لو تخالعا ، ثم ادعت أنه طلقها قبل الخلع ثلاثاً ، أو ادعت إقراره بفساد النكاح فأنكر ، فإنه يصدق بيمينه وتستمر صحة الخلع .

السابعة : تخالعا ثم قال هو : كنت مبكرة ، فلي الرجعة فأنكرت الإكراه ، لم يقبل قوله في الظاهر ، وعليه رد المال لاعترافه . ولو ادعت الإكراه ، فأنكر ، صدق بيمينه ، ولزمها المال . فلو أقامت بينة بالإكراه ، لزمه رد المال ولا رجعة لاعترافه بالبينونة ، فلو لم يصرح بالإنكار ، أو سكت ، أو كانت الخصومة مع وكيله ، فله الرجعة ، إذ أقامت البينة .

فصل

في مسائل منشورة تتعلق بالخلع

ليس له خلع زوجة ولده الطفل ، والخلع على غير الصداق قبل قبضه ، لا يسقط حقها منه ، وبعد قبضه وقبل الدخول لا يسقط حق الزوج من نصفه عندنا . ولو خالع حاملاً بنفقة عدتها ، بانت بمهر المثل . وفي « فتاوى

القفال : لو خالها بمهرها بعد أن أبرأته منه ، فإن جهلت الحال ، فهل يلزمها مهر المثل أم بدل المسمى ؟ فيه القولان . وإن علمت ، نظر إن جرى بلفظ الطلاق ، كقوله : طلقتك . على صداقك ، فهل يقع بائناً ويعود الخلاف فيما يلزمها ، أم يقع رجعيّاً ؟ وجهان . وإن جرى بلفظ الخلع ، فإن أوجبنا المال في لفظ الطلاق ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان بناء على أن لفظ الخلع هل يقتضي ثبوت مال ؟ وفي فتاوى القاضي حسين ، أنه لو خالها على مالها في ذمته وعلى ألف آخر في ذمتها ، وعلى أن ينفق على ولده كل يوم كذا إلى مدة كذا ، فهو فاسد لشرط الإنفاق ، وتبين بمهر المثل . وإنه لو خالها بألف وعلى حضانة ولده الصغير سنة ، فتزوجت في أثناء السنة ، لم يكن للزوج انتزاع الولد منها بتزوجها ، لأن الإجارة عقد لازم ، وأنها لو قالت : إن طلقتي أبرأتك عن الصداق ، أو فأنت بريء منه فطلق ، لا يحصل الإبراء ، لأن تعليقه باطل ويلزمها مهر المثل ، لأنه لم يطلق مجاناً . فلو قالت : أبرأتك عن صداقي فطلقني ، برىء الزوج وله الخيار ، إن شاء طلق ، وإن شاء لم يطلق . وفي فتاوى البغوي ، لو خالها على ثوب هروي وقبلت ، ثم أعطته مروياً فرضيه وأراد إمساكه ، ينظر إن وصفه بالصفات المعبرة بني^(١) على جواز أخذ الزيب الأبيض عن الأسود . إن جوزنا فكذا هنا ، وإلا فلا يجوز الإمساك هنا بلامعاقدة . فإن تعاقدا ، فقالت : جعلته بدلاً عما عليّ وقبله الزوج ، بني على أن الصداق مضمون ضمان اليد ، أم العقد ، إن قلنا بالأول ، جاز ، أو بالثاني ، فقولان كلاستبدال عن الثمن في الذمة . وإن لم يصفه ، فالواجب مهر المثل ، فلا يجوز إمساكه إلا بمعاقدة ، وأنها لو قالت : اختلعت نفسي بالصداق الذي في ذمتك وأنكر

(١) في الأصل : بناء .

وحلف ، فلا رجوع لها عليه بالصداق . ولو كان له على رجل دين ، فقال : استريت منك دارك به وقبضته وأنكر الرجل ، يجوز له المطالبة بالدين ، والفرق أن الخلع يقتضي اليأس من الصداق وسقوطه بالكلية ، لأن ذمة الزوج إذا برئت منه لا يتصور استغلالها به . وفي صورة البيع لا يحصل اليأس عن الدين ، لاحتمال تلف الدار قبل القبض ، أو خروجها مستحقة ، أو ردها بعيب ، وإن الزوج لو قال : خالعتك وأنكرت وحلفت ثم وطئها ، فعليه الحد في الظاهر ، ولا حد عليها ، لأنها تزعم أنها في نكاحه . وأما الباطن ، فإن صدق ، حد ، وإن كذب ، فلا . وقيل : دعواه تكون طلاقاً ظاهراً وباطناً ، فعليها الحد ، وأنها لو قالت : اختلعت بثلاث طلقات على مالي عليك من الحق ، فقال : خالعتك بطلقة ، وقعت طلقة بمهر المثل ، ويحتمل أن يجب ثلث مهر المثل .

فصل

لابن الحداد

قال : أنت طالق اثنتين ، إحداها بآلف ، فالمقابلة بالآلف لا تقع إلا بقبولها . وفي الأخرى وجهان . أحدهما وبه قال ابن الحداد : لا يقع إلا بالقبول ، لأنه علق الطلقتين بالقبول ، ولأنها تابعة للأخرى ، وأصحها عند الشيخ أبي علي : يقع بلا قبول لخلوها عن العوض ، ولأنه لو قال : أنت طالق طلقتين ، إحداها بآلف ، والأخرى بغير شيء وقعت الواحدة بلا قبول ، فكذا هذا . قال الإمام : ولا يبعد طرد الوجهين هنا ، فإن قلنا بالأول ، فإذا قبلت ، وقعت الطلقتان ولزمها الآلف . وهل الآلف في مقابلة إحداها فقط ، أم في مقابلتها معاً وإحداها تابعة ؟ فيه احتمالان ذكرنا ووجه .

الثاني : أنه لو اختص المال بأحدهما ، لما توقفت الأخرى على القبول ، ولا قرنت طلقتان بآئنة ورجعية ، وذلك بعيد . وإن قلنا بالوجه الثاني ، فإن كانت غير مدخول بها ، وقعت الواحدة عند تمام لفظه وبانت ، فلا تقع الأخرى ، ولو قبلت . وإن كانت مدخولاً بها ، فالواقعة رجعية ، فإذا قبلت ، فهو بخالعة وفيها القولان . فإن جوزناها ، وقعت الثانية بالآلف ، وإلا ، ففيه احتمالان للشيخ أبي علي . أحدهما : لا يقع الطلاق لأنه إنما وقع بشرط قبولها ، وإذا لم يلزم المال ، فلا معنى للقبول ، وأصحها : يقع وإن لم يلزم المال بخالعة المحجور عليها . وبالله التوفيق .

* * *

تم - بعون الله تعالى وتوفيقه - الجزء السابع من كتاب
« روضة الطالبين وعمدة المفتين » للإمام النووي ، ويليه
الجزء الثامن ، وأوله « كتاب الطلاق »

٢٠ رمضان ١٣٨٨ هـ
دمشق : ١٠ كانون الاول ١٩٦٨ م

فهرس الجزء السابع من روضة الطالبين

الموضوع	الصفحة
كتاب النكاح	٣
الباب الأول في خصائص رسول الله ﷺ في النكاح وغيره ، وهي أربعة أضر ب .	٣
الضرب الأول : ما اختص به رسول الله ﷺ من الواجبات .	٣
الضرب الثاني : ما اختص به ﷺ من المحرمات .	٥
الضرب الثالث : ما اختص به ﷺ من التخفيفات والمباحات .	٧
الضرب الرابع : ما اختص به ﷺ من الفضائل والإكرام .	١١
الباب الثاني : في مقدمات النكاح ، وفيه فصول .	١٨
الفصل الأول : فيمن يستحب له النكاح .	١٨
الفصل الثاني : إذا أراد النكاح فالبكر أولى من الثيب إذا لم يكن عذر .	١٩
فرع : إذا رغب في نكاحها استحب أن ينظر إليها ثلاثين .	١٩
الفصل الثالث : في أحكام النظر .	٢١
فرع : ما لا يجوز النظر إليه متصلًا بحرم النظر إليه منفصلًا .	٢٦
فرع : حيث حرم النظر حرم المس بطريق الأولى .	٢٧
الأحوال التي يجوز فيها النظر إلى المرأة .	٢٩

الموضوع	الصفحة
الفصل الرابع : في الخِطبة .	٣٠
فرع : تحريم الخِطبة على خِطبة غيره بعد صريح الإجابة .	٣١
فرع : يجوز الصدق في ذكر مساوىء الخاطب ليحذر .	٣٢
الأسباب التي تبسح الغيبة .	٣٣
الفصل الخامس : في الخِطبة .	٣٤
الباب الثالث : في أركان النكاح ، وهي أربعة أركان .	٣٦
الركن الأول : الصيغة إيجاباً وقبولاً .	٣٦
فصل : النكاح لا يقبل التعليق .	٤٠
فرع : في النهي عن نكاح الشغار .	٤٠
فصل : النكاح المؤقت باطل .	٤٢
الركن الثاني : المنكوحة ، ويشترط خلوها من موانع النكاح .	٤٣
فصل : يشترط في كل واحد من الزوجين أن يكون معيناً .	٤٣
الركن الثالث : الشهادة التي ينعقد بها النكاح .	٤٥
الركن الرابع : العاقدان ، وهما الموجب والقابل .	٥٠
الباب الرابع في بيان الأولياء وأحكامهم ، وفيه ثمانية أطراف .	٥٣
الطرف الأول : في أسباب الولاية ، وهي أربعة .	٥٣
السبب الأول : الأبوة .	٥٣
السبب الثاني : عصوبة حاشية النسب .	٥٥

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
السبب الثالث : الإعناق .	٥٨
السبب الرابع : السلطان ولي من لا ولي له .	٥٨
الطرف الثاني : في ترتيب الأولياء .	٥٩
العصبة في الولاء على ترتيب الإرث .	٦٠
الطرف الثالث : في موانع الولاية ، وهي خمسة موانع .	٦٢
المانع الأول : الرق .	٦٢
المانع الثاني : ما يسلب النظر والبحث عن حال الزوج ، وفيه ست صور .	٦٢
المانع الثالث : الفسق وفيه سبع طرق .	٦٤
المانع الرابع : اختلاف الدين .	٦٦
المانع الخامس : الإحرام .	٦٧
الطرف الرابع : في تولي طرفي العقد ، وفيه مسائل .	٧٠
الطرف الخامس : في التوكيل .	٧٢
فصل : في بيان لفظ الوكيل في عقد النكاح .	٧٤
الطرف السادس : فيما يلزم الولي .	٧٧
الطرف السابع : في خصال الكفاءة .	٨٠
فصل : الكفاءة حق المرأة والولي .	٨٤
الطرف الثامن : في اجتماع الأولياء .	٨٧

الموضوع	الصفحة
فصل : في نكاح الأولياء واختلافهم .	٨٨
الباب الخامس : في المولى عليه والأسباب المقتضية لنصب الولي .	٩٤
فصل : هل للسيد إجبار العبد البالغ على النكاح ؟	١٠٢
الباب السادس : في موانع النكاح ويجمعها أربعة أجناس .	١٠٧
الجنس الأول من موانع النكاح : المحرمة ، ولها ثلاثة أسباب .	١٠٧
السبب الأول : القرابة ، ويحرم منها سبع .	١٠٧
السبب الثاني : الرضاع ، ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .	١٠٩
السبب الثالث : المصاهرة ، ويحرم فيها على التأييد أربع .	١١١
فصل فيما إذا اختلطت محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة بأجنبيات .	١١٦
الجنس الثاني من موانع النكاح : ما يقتضي حرمة غير مؤبدة ، ويتعلق بعدد ، وهو ثلاثة أنواع .	١١٧
النوع الأول : الجمع بين الأختين من النسب أو الرضاع .	١١٧
فرع : فيما يجوز جمعهن من النساء .	١١٨
فصل : كل امرأتين يحرم الجمع بينهما في النكاح يحرم الجمع بينهما في الوطاء بملك اليمين .	١١٩
فصل : ارتدت الزوجة بعد الدخول ، يحرم نكاح أختها وأربع سواها قبل انقضاء العدة .	١٢١
النوع الثاني : في قدر العدد المباح في النكاح .	١٢١

الصفحة	الموضوع
١٢٤	النوع الثالث . في استيفاء عدد الطلاق .
١٢٥	فرع : يحصل التحليل بكل زوج .
١٢٩	الجنس الثالث من موانع النكاح : رق المرأة ، وهو ضربان .
١٢٩	أمة غيره لا تحل للحر إلا بأربعة شروط .
١٣٥	الجنس الرابع من موانع النكاح : الكفرة ، والكفار ثلاثة أصناف .
١٣٧	فصل في صفة الكتاتية التي ينكحها المسلم وهي ضربان .
١٣٩	فصل في الانتقال من دين إلى دين ، وهو ثلاثة أقسام .
١٣٩	القسم الأول : الانتقال من دين باطل إلى دين باطل .
١٤١	القسم الثاني : الانتقال من دين حق إلى دين باطل .
١٤٢	القسم الثالث : الانتقال من دين باطل إلى دين حق .
١٤٣	الباب السابع : في نكاح المشرک ، وفيه أربعة أطراف .
١٤٣	الطرف الأول : فيما يقر عليه الكافر من الأنكحة الجارية في الكفر إذا أسلم .
١٤٥	فصل : في بيان شروط استمرار النكاح بعد الإسلام وعدم استمراره ويتخرج عليه مسائل
١٤٧	فصل : فيما إذا لم يفترون بالعقد الجاري في الشرك ولا بالإسلام مفسد ولكن طراً مفسد واقتون بالإسلام ، وفيه مسائل كثيرة .
١٥٠	فصل : في أن الأنكحة الجارية في الشرك ثلاثة أوجه .

- ١٥١ فرع : إذا نكح مشرك أختين فطلقها ثلاثاً ثم أسلما وأسلمتا .
- ١٥٢ فصل : فيما إذا أصدق فاسداً كخمر أو خنزير ثم أسلما بعد قبضه ؛ أو أسلما قبل قبضه .
- ١٥٤ فصل : إذا ترافع إلينا ذميان في نكاح أو غيره .
- ١٥٦ الطرف الثاني : في نكاح المشرك إذا أسلم وتحتة عدد من النسوة لا يجمع بينهن في الإسلام وفيه عدة صور .
- ١٦١ فصل : عتق الأمة تحت عبد يثبت لها الخيار في فسخ النكاح .
- ١٦٣ فصل : العبد الكافر إذا أسلم وتحتة أكثر من امرأتين فأسلمن معه أو بعده في العدة .
- ١٦٥ الطرف الثالث : في ألفاظ الاختيار في النكاح وأحكامه .
- ١٦٥ فروع : فيمن أسلم وكان تحتة ثمان نساء فأسلمن فاختر أربعاً .
- ١٦٧ فرع : أسلم على ثمان وثنيات فأسلم معه أربع وتختلف أربع .
- ١٦٩ فصل : في حكم الاختيار إذا أسلم على أكثر من أربع وأسلمن معه أو بعده في العدة فعليه الاختيار والتعين .
- ١٦٩ فرع : فيما إذا مات قبل التعين .
- ١٧١ فرع : مات ذمي عن أكثر من أربع نسوة .
- ١٧٢ الطرف الرابع : في النفقة والمهر .
- ١٧٦ الباب الثامن : في مثبتات الخيار في النكاح وأسبابه أربعة .
- ١٧٦ السبب الأول : العيب ، والعيوب المثبتة للخيار ثلاثة أقسام .

الموضوع	الصفحة
القسم الأول : يشترك فيه الرجال والنساء : وهو البرص والجذام والجنون .	١٧٦
القسم الثاني : يختص به الرجال ، وهو الجب والتعنين .	١٧٧
القسم الثالث : يختص به النساء ، وهو الرق والقرن .	١٧٧
فصل : في أحكام خيار العيب .	١٨٠
فروع تتعلق بالعيوب .	١٨٣
السبب الثاني في مثبتات الخيار : الغرر في الشروط .	١٨٣
مسائل تتعلق بالغرر في الشروط .	١٨٨
إذا انفصل الجنين بجنابة بأن ضرب بطنها فأجهضت فله أربعة أحوال .	١٩٠
السبب الثالث من مثبتات الخيار : العتق ،	١٩٢
فروع تتعلق بالعتق .	١٩٢
السبب الرابع من مثبتات الخيار : التعنين .	١٩٥
فروع : الفسخ بالعنة بعد ثبوتها كالفسخ بسائر العيوب .	١٩٩
الباب التاسع : فيما يملك الزوج من الاستمتاع وفيه مسائل .	٢٠٤
الباب العاشر : في وطء الأب جارية ابنه ونكاحه إياها ووجوب إعفافه وفيه ثلاث أطراف .	٢٠٧
الطرف الأول : في وطئها ، فإن وطئها الأب ، نظر ، أهى موطوءة الابن أم لا ؟	٢٠٧

الموضوع	الصفحة
الحالة الأولى : أن لاتكون موطوءة الابن ، وفيه مسائل .	٢٠٧
الحالة الثانية : أن تكون موطوءة الابن .	٢١١
الطرف الثاني : في نكاح الأب جارية الابن .	٢١٢
الطرف الثالث : في إعفاف الأب .	٢١٤
فصل : في المراد بالإعفاف .	٢١٦
الباب الحادي عشر : في أحكام نكاح الأمة والعبد وفيه طرفان .	٢١٨
الطرف الأول : في نكاح الامة وفيه مسائل .	٢١٨
الطرف الثاني : في نكاح العبد وفيه مسائل .	٢٢٤
فصل : متى ملك أحد الزوجين جزءاً من الآخر انفسخ النكاح .	٢٢٨
فصل : في مسائل من الدور الحكمي .	٢٣٣
المسائل التي يقع فيها الدور نوعان .	٢٣٣
فصل : لايجوز للعبد التسري لانه لايملك .	٢٣٩
الباب الثاني عشر : في اختلاف الزوجين في النكاح وفيه مسائل .	٢٤٠
كتاب الصداق	٢٤٩
فصل : يشتمل كتاب الصداق على ستة أبواب .	٢٤٩
الباب الاول : في أحكام الصداق الصحيح وهي ثلاثة .	٢٤٩
الحكم الاول : في أن الصداق في يد الزوج كيف يضمن ؟ وفي ضمانه قولان وفيه مسائل .	٢٥٠

الموضوع	الصفحة
الحكم الثاني : تسليم الصداق .	٢٥٩
فصل : الخلو لا تقرر المهر .	٢٦٣
الباب الثاني : في الصداق الفاسد ، ولفساده ستة أسباب .	٢٦٤
السبب الاول : أن لا يكون المذكور مالا .	٢٦٤
السبب الثاني : الشرط في السكاح .	٢٦٤
السبب الثالث : تفريق الصفقة .	٢٦٧
السبب الرابع : أن يتضمن إثبات الصداق رفعه .	٢٧٠
السبب الخامس : تفريط الولي في قدر المهر .	٢٧٣
السبب السادس : مخالفة الآخر .	٢٧٦
الباب الثالث : في التفويض وحكم المفوضة وفي الباب طرفان .	٢٧٨
الطرف الاول : في صورة التفويض ، وفيه ضربان .	٢٧٩
الطرف الثاني : في حكم التفويض وفيه مسائل .	٢٨١ ٢٨١
الفرض يوجد من الزوج أو القاضي أو أجنبي .	٢٨٣
فصل : في بيان مهر المثل وبحاج إليه في مواضع .	٢٨٦
الباب الرابع : في تشطر الصداق وفي الباب أطراف .	٢٨٩
الطرف الاول : في موضع التشطر وكيفيته .	٢٨٩

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
فصل : في أوجه كيفية التشطر .	٢٩٠
الطرف الثاني : في تغير الصداق قبل الطلاق وفيه ثلاثة أقسام .	٢٩٢
القسم الأول : نقص محض وهو نوعان .	٢٩٢
القسم الثاني : زيادة محضة وهي صنفان .	٢٩٣
القسم الثالث : إذا تغير الصداق بالزيادة والنقص معاً .	٢٩٥
فصل : كل عمل جاز الاستنجار عليه جاز جعله صداقاً كـتعليم القرآن ، وفيه مسائل .	٣٠٤
الطرف الثالث : في بيان حكم التشطر بعد تصرفها في الصداق وفيه مسائل وفروع .	٣١٠
الطرف الرابع : فيما إذا وهبته الصداق ثم طلقها قبل الدخول ونصده بقاءتين .	٣١٤
القاعدة الأولى : في ألفاظ التبرع .	٣١٤
القاعدة الثانية : هل للولي العفو عن صداقها .	٣١٦
فصل : فيما إذا وهبت المرأة لزوجها الصداق المعين فطلقها قبل الدخول .	٣١٦
فصل : فيما إذا خالعا قبل الدخول على غير الصداق .	٣١٩
الباب الخامس في المتعة .	٣٢١
الباب السادس : في النزاع في الصداق وفيه مسائل .	٣٢٣
فصل : يتعلق بكتاب الصداق .	٣٣١

الموضوع	الصفحة
باب الوليمة .	٣٣٢
فرع في أقل الوليمة .	٣٣٣
فرع في إجابة الدعوة إلى وليمة العرس .	٣٣٣
فرع : دعاء جماعة أجاب الأسبق .	٣٣٤
فرع : في منكرات الوليمة .	٣٣٥
فصل : الصوم ليس عنداً في ترك إجابة الدعوة .	٣٣٦
فصل : دعاء من أكثر ماله حرام ، كرهت إجابته كما تكره معاملته .	٣٣٧
فصل : في المرأة إذا دعت النساء .	٣٣٧
فصل : في مسائل تتعلق بالضيافة .	٣٣٨
يحرم التطفل .	٣٣٩
فصل : في آداب الأكل .	٣٤٠
فصل : يجوز نثر الجوز واللوز والتمر والسكر ونحوها في الإملاكات .	٣٤٢
كتاب عشرة النساء وفيه بابان .	٣٤٤
الباب الأول : في عشرين والقسم وفيه خمسة أطراف .	٣٤٤
الطرف الأول : في استحقاق القسم .	٣٤٤
فصل فيمن تستحق القسم وفيه مسائل .	٣٤٥
فصل فيمن يستحق عليه القسم .	٣٤٧
الطرف الثاني : في مكان القسم وزمانه وفيه مسائل .	٣٤٨

٣٥٢	الطرف الثالث : في التساوي وبيان حل التفاضل .
٣٥٧	الطرف الرابع : في الظلم والقضاء في القسم بين النساء وفيه مسائل .
٣٦٠	فرع : للواهة أن ترجع في الهبة متى شئت ويعود حقها في المستقبل .
٣٦٢	الطرف الخامس : في المسافرة بهن .
٣٦٢	يسقط القضاء بين النساء بشروط .
٣٦٤	فصل : إذا سافر بزوجتين بقرعة ، عدل بينهما .
٣٦٧	الباب الثاني : في الشقاق بين الزوجين .
٣٦٩	فرع : فيما يصير به المرأة ناشزة .
٣٧٤	كتاب الخلع .
٣٧٥	فصل : يشتمل هذا الكتاب على خمسة أبواب .
٣٧٥	الباب الأول : في حقيقة الخلع .
٣٧٧	فرع : يصح الخلع بجميع كنايات الطلاق مع النية إن جعلناه صداقاً
٣٧٩	فصل فيما يتعلق به الخلع من الأصول .
٣٨٣	الباب الثاني في أركان الخلع ، وهي خمسة .
٣٨٣	الركن الأول : الزوج .
٣٨٤	الركن الثاني : المختلع .
٣٨٤	أسباب الحجر .

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
السبب الأول : الرق .	٣٨٤
السبب الثاني : الحجر بالسفه .	٣٨٦
السبب الثالث : الجنون والصغر .	٣٨٦
السبب الرابع : المرض .	٣٨٧
الركن الثالث : المعوض ، وهو البضع ، وشرطه أن يكون مملوكاً للزوج .	٣٨٨
الركن الرابع : العوض هو كالصداق ، وتفصيله بصور .	٣٨٩
الصورة الأولى : خالعتها على مجهول .	٣٨٩
الصورة الثانية : خالعتها على ما ليس بمال كخمر أو حر .	٣٩٠
الصورة الثالثة : الخلع على ما لا يقدر على تسليمه .	٣٩٠
الصورة الرابعة : التوكيل بالخلع من الجانبين جائز .	٣٩١
فروع في فتاوى البغوي في الخلع .	٣٩٤
الركن الخامس : الصيغة ، ولا بد منها .	٣٩٥
فصل : سألت زوجها طلاقاً بعوض وارتدت عقب السؤال ثم أجابها .	٣٩٥
فصل : إذا طلقها على العوض أو خالعتها ، فلا رجعة له .	٣٩٧
فصل : لو وكل امرأة بطلاق زوجة أو خلعها ، صح على الأصح .	٣٩٨
فصل : يجوز أن يكون عوض الخلع منفعة ، ويصح عقد الإجارة عليها .	٣٩٩
الباب الثالث : في بيان الألفاظ المألوفة ومقتضاها ، وفيه أطراف .	٤٠٣

الصفحة	الموضوع
٤٠٣	الطرف الأول : في الألفاظ الملزمة ، وفيه مسائل .
٤٠٣	المسألة الأولى : صيغة المعاوضة ملزمة .
٤٠٥	المسألة الثانية : قال : أنت طالق أو طلقتك على أن لي عليك ألفاً ...
٤٠٥	المسألة الثالثة : قال : أنت طالق إن ضمننت لي ألفاً ، أو إن ضمننت لي ألفاً فأنت طالق .
٤٠٦	المسألة الرابعة : إذا علق الطلاق بالإعطاء لا يقع إلا بالإعطاء في المجلس .
٤٠٧	المسألة الخامسة : في حقيقة الإعطاء المعلق عليه .
٤٠٩	المسألة السادسة : في بيان ما ينزل عليه الدرهم .
٤١٠	فروع : لو كان الغالب في البلد دراهم عديدة ناقصة الوزن أو زائدته ، لم ينزل الإقرار والتعليق عليها .
٤١٢	المسألة السابعة : قال : إن أعطيتني عبداً أو ثوباً فأنت طالق ، ووصفه بما يعتبر في السلم ، فأنت به بالصفة ، طلقت وملكه الزوج .
٤١٣	المسألة الثامنة : قال : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي فأنت طالق ، فأعطته وبان مروياً ، لم تطلق .
٤١٥	الباب الرابع : في سؤال المرأة الطلاق بمال واختلاع الأجنبي ، وفيه أطراف .
٤١٥	الطرف الأول : في ألفاظها ، وفيه مسائل .
٤١٧	الطرف الثاني : في سؤالها عدداً في الطلاق ، وفيه مسائل .

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
الطرف الثالث : في تعليقها الطلاق بزمان ، وفيه مسائل .	٤٢٤
الطرف الرابع : في اختلاع الأجنبي ، وفيه مسائل .	٤٢٧
الباب الخامس : في الاختلاف في الطلاق ، وفيه مسائل .	٤٣٠
فصل في مسائل منشورة تتعلق بالحلل .	٤٣٦
فرع لابن الحداد يتعلق بالحلل .	٤٣٨
الفهرس	٤٤١

